



**VNIVERSIDAD  
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

## **TRABAJO FIN DE GRADO**

### **GRADO EN DERECHO**

**Departamento: Derecho Privado  
Área de conocimiento: Derecho Civil**

**Curso 2017/2018**

# **LA SITUACIÓN REGISTRAL EN ESPAÑA DE LOS MENORES NACIDOS EN VIRTUD DE CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN CELEBRADO EN EL EXTRANJERO**

**Nombre de la estudiante: Úrsula Riestra Barrantes**

**Tutor: Dr. D. Alfredo Batuecas Caletrío**

**Junio 2018**



**TRABAJO FIN DE GRADO**

**GRADO EN DERECHO**

**Departamento: Derecho Privado**

**Área de conocimiento: Derecho Civil**

**LA SITUACIÓN REGISTRAL EN  
ESPAÑA DE LOS MENORES  
NACIDOS EN VIRTUD DE  
CONTRATO DE GESTACIÓN POR  
SUSTITUCIÓN CELEBRADO EN EL  
EXTRANJERO**

**THE SPANISH REGISTRY STATUS  
FOR THE CHILDREN BORN  
THROUGH SURROGACY ABROAD**

**Nombre de la estudiante: Úrsula Riestra Barrantes**  
**e-mail de la estudiante: ursi123@hotmail.com**

**Tutor: Dr. D. Alfredo Batuecas Caletrío**

## **RESUMEN (15 líneas)**

El legislador español opta por otorgar la nulidad de pleno derecho a aquellos contratos que tengan por objeto acordar la gestación por sustitución entre una mujer gestante y un(os) comitente(s) o “padre(s) intencional(es)”. La ilicitud de esta técnica de reproducción humana asistida se recoge en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Sin embargo, el Registro Civil Español continúa recibiendo solicitudes de inscripción de nacimiento y filiación de menores nacidos mediante gestación subrogada en países con ordenamientos jurídicos favorables a esta práctica. En estas solicitudes los comitentes pretenden que la filiación se registre en España a su favor, haciendo constar a través de una decisión extranjera la renuncia de maternidad de la mujer que da a luz. Ante esta situación las autoridades nacionales harán un planteamiento de los derechos fundamentales avalados en la Constitución Española así como de los principios y valores imperantes en la sociedad que entran en conflicto con el objetivo de lograr una respuesta satisfactoria de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente. En este trabajo analizaremos la elaboración doctrinal y jurisprudencial generada en los últimos tiempos para conocer cuál es la solución ofrecida por nuestro país ante una problemática actual de calado internacional.

**PALABRAS CLAVE** (entre 3 y 6): Gestación subrogada, filiación, orden público, interés superior del menor.

## **ABSTRACT**

The Spanish legislator chooses to determine the nullity of full right of those contracts that have for object to agree the surrogacy between a surrogate mother and "intended parents". The illegality of this technique of assisted human reproduction is included in article 10 of Law 14/2006, May 26th. However, the Spanish Civil Registry continues receiving applications for birth and filiation inscription of children born through surrogate pregnancy in countries where this practice is legal. In these applications intended parents want the filiation to be registered in their favor, as the one determined abroad. Facing this situation, Spanish authorities make an approach to the fundamental rights set forth on the Spanish Constitution as well as the prevailing principles and values in society that come into conflict, in order to achieve a satisfactory response according to the current legal system. In this paper we will analyze the doctrinal and jurisprudential elaboration generated in the last years in order to learn the solution offered.

**KEYWORDS:** Surrogacy, Filiation, Interests of the child, Law and order

# ÍNDICE

<b>ÍNDICE DE ABREVIATURAS .....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>6</b>
<b>1. EL ÍTER JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>8</b>
<b>2. EL RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS.....</b>	<b>18</b>
<b>3. EL ARGUMENTO DE DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL.....</b>	<b>26</b>
<b>4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....</b>	<b>31</b>
<b>5. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL.....</b>	<b>41</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>48</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>52</b>
ARTÍCULOS Y MONOGRAFÍAS .....	52
LEGISLACIÓN.....	57
JURISPRUDENCIA .....	58
OTROS.....	58

## ÍNDICE DE ABREVIATURAS

<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>Art.</b>	Artículo
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CDN</b>	Convención de Derechos del Niño
<b>CE</b>	Constitución Española
<b>CEDH</b>	Convención Europea de Derechos Humanos
<b>CP</b>	Código Penal
<b>DA</b>	Disposición Adicional
<b>DGRN</b>	Dirección General Del Registro y Notariado
<b>DIPr</b>	Derecho Internacional Privado
<b>FJ</b>	Fundamento Jurídico
<b>IDGRN</b>	Instrucción de la Dirección General del Registro y Notariado
<b>JPI</b>	Juzgado de Primera Instancia
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LO</b>	Ley Orgánica

<b>LRC</b>	Ley del Registro Civil
<b>LTRHA</b>	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
<b>MF</b>	Ministerio Fiscal
<b>OMS</b>	Organización Mundial de la Salud
<b>RC</b>	Registro Civil
<b>RDGRN</b>	Resolución de la Dirección General del Registro y Notariado
<b>RRC</b>	Reglamento del Registro Civil
<b>SAP</b>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<b>SJPI</b>	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
<b>STEDH</b>	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo
<b>STSJ</b>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TRA</b>	Técnicas de Reproducción Asistida
<b>TS</b>	Tribunal Supremo

## INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida basada en una relación contractual a través de la cual una mujer asume la gestación del futuro hijo de los denominados comitentes o “padres intencionales”. Para que esta práctica tenga como resultado la determinación de la filiación del nacido a favor de los comitentes, la renuncia a la declaración de maternidad de la mujer que da a luz se convierte en requisito ineludible. En la mayoría de los casos, el único compromiso que la madre gestante contrae en virtud de este contrato es el de gestar y dar a luz al niño, sin embargo es posible que además aporte su material genético a la concepción. Asimismo, la aportación de los gametos de los comitentes es algo opcional que no define en sí una condición fundamental de esta técnica reproductiva.

En España la gestación por sustitución se considera en un único precepto legal: el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA). El legislador español ha optado por contener esta materia en un solo artículo, si bien la breve regulación es manifiestamente contraria a la técnica reproductiva. Los contratos que tengan por objeto la gestación subrogada se consideran nulos en nuestro país. Además se recoge la correspondiente fórmula de declaración de la maternidad para estos casos, que seguirá el método general español: el tradicional principio del alumbramiento que permite la afirmación “*mater semper certa est*”; siendo por tanto madre la mujer gestante o “portadora”. Por último, este sucinto precepto acoge una garantía a favor de la paternidad biológica, previendo la posible reclamación de paternidad por el padre natural (cabe la posibilidad de que sea este uno de los comitentes).

La ilicitud reconocida por el ordenamiento jurídico español no evitó que la suma de menores nacidos a través de un contrato de gestación subrogada que se inscribieron en el Registro Civil Español ascendiese a casi 1000<sup>1</sup> entre los años 2010 y 2016. La celebración y ejecución de estos acuerdos no es llevada a cabo dentro de las fronteras de nuestro país dada la previsión legal que los prohíbe, sino que se efectúa en países donde la regulación es favorable para el acceso a esta práctica, como por ejemplo en el estado de California

---

<sup>1</sup> ÁLVAREZ, P. (18 de diciembre de 2017). El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE.UU. y Ucrania. El País. Recuperado de [https://politica.elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337\\_622133.html](https://politica.elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html)

(EE.UU.). Esta alternativa no elude, sin embargo, que las familias integradas por los comitentes y los menores nacidos en el extranjero regresen a nuestro país pretendiendo por tanto que las autoridades españolas reconozcan los efectos de la filiación ordenada de acuerdo al derecho foráneo.

Esta circunstancia hace que el problema se internacionalice al entrar en conexión varios ordenamiento jurídicos con distintas soluciones a la hora de afrontar la materia, que en muchos casos serán incluso incompatibles. Pensemos en la complejidad que entraña para nuestro derecho la acogida de los menores de edad concebidos bajo estas particulares condiciones.

Es en este punto donde este Trabajo Fin de Grado pretende incidir, en el estudio y análisis de la respuesta jurisprudencial y doctrinal que se ha venido desarrollando en España a lo largo de los últimos tiempos, partiendo de uno de los primeros supuestos que se plantearon ante nuestros Tribunales hace ya diez años. Para ello, teniendo presente la magnitud del conflicto, será indispensable un profundo examen de los principales derechos fundamentales y principios generales que colisionan en esta “novedosa” y cada vez más habitual realidad.

No es nuestra intención entrar a valorar la pertinencia de la técnica de reproducción humana asistida que supone la gestación por sustitución, sino el anclaje de sus efectos en un ordenamiento jurídico que en la actualidad se opone a la misma. No obstante, tampoco nos es indiferente la complejidad del contenido y es por ese motivo por el que hemos querido tratarlo desde la más pura objetividad, mediante el estudio de la doctrina y la jurisprudencia, ya que entendemos que en un tema como este se reúnen múltiples sensibilidades. Prueba de las numerosas vertientes o prismas desde los que la gestación por sustitución puede ser estudiada, hemos accedido, desde la perspectiva que la Ciencia Política nos ofrece, a un contenido muy diferente aunque complementario para conocer la realidad de esta práctica en España y que ha sido objeto del segundo Trabajo Fin de Grado que como estudiante de doble titulación se me ha encomendado.



## 1. EL ÍTER JURISPRUDENCIAL

Uno de los primeros casos que se presentaron ante los Tribunales españoles en materia de gestación por sustitución<sup>2</sup> planteó por primera vez la disyuntiva de interpretar si nuestro ordenamiento jurídico daba cabida o no a la inscripción registral de la filiación resultado de esta técnica o práctica reproductiva efectuada en el extranjero.

El asunto llega de la mano de un matrimonio español formado por dos varones que viaja a San Diego (California, Estados Unidos) con la finalidad de celebrar un contrato con una mujer gestante, es decir, lo que conocemos como gestación por sustitución. La mujer dio finalmente a luz a dos niños que serían declarados por las autoridades judiciales del Estado californiano como hijos del matrimonio español, declaración que constaba en la certificación de nacimiento de los dos menores. Con dicha certificación el matrimonio acude al Registro Consular español en Estados Unidos para solicitar la inscripción de la filiación de los menores en su favor. Ante esta solicitud el Encargado del Registro Civil Consular resuelve negativamente, fundamentando su decisión en la nulidad que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida (en adelante, LTRHA), en su artículo 10.1, recoge para los contratos de gestación por sustitución y, en concreto, en el enunciado de su apartado segundo que dice así: *“la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*<sup>3</sup>.

Ante dicha negativa, los interesados plantean un recurso a la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, D.G.R.N.) que responde con la Resolución D.G.R.N de 18 de febrero de 2009. Esta Resolución, primera vía de actuación ante la

---

<sup>2</sup> Existen cuantiosos términos para referirse a esta técnica de reproducción humana asistida, entre ellos: gestación por sustitución, gestación subrogada, maternidad subrogada, vientre de alquiler, madre de alquiler, etcétera. La denominación suele estar vinculada a la postura que se tenga respecto a este tema, de ahí que algunos actores sociales contrarios a esta práctica, como la Conferencia Episcopal, entiendan que el término “gestación subrogada” comporta un eufemismo de la realidad que sus miembros interpretan. A diferencia de esto, las personas afines a la técnica de reproducción considerarán que la expresión “vientre de alquiler” supone una ofensa a las mujeres gestantes, así como aquellos que hagan referencia a la maternidad tampoco tendrían cabida en esta materia puesto que la relación contractual únicamente implica la experiencia gestacional. En este trabajo se utilizarán indistintamente los términos “gestación subrogada” y “gestación por sustitución” ya que conforman la terminología aceptada por la OMS en el Glosario terminológico de TRA desarrollado por el International Committee for Monitoring ART (ICMART). Además, “gestación por sustitución” fue la denominación adoptada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. VELA SÁNCHEZ, A.J., “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, 2013, p.6.

<sup>3</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida publicada en el BOE núm. 126 de 27 mayo 2006.

negativa de inscripción de la filiación de los nacidos fruto de este contrato ilícito en España, ha sido estudiada con detenimiento por la doctrina, ya que la metodología que emplea la D.G.R.N es, cuanto menos, vanguardista y controvertida. En el método explicado en esta Resolución se advierte la oposición de la Dirección General a aplicar las normas de conflicto para resolver el caso y optan por entenderlo como una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en nuestro país”. De ahí que en lugar de aplicar las normas de conflicto y las leyes sustantivas, como sería la Ley 14/2006, se decide que sea de aplicación el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil (en adelante, RRC) a instancia de examinar la decisión extranjera según los parámetros definidos en este precepto. El control legal al que se debe someter la decisión extranjera atendiendo al artículo 81 RRC es algo en lo que la D.G.R.N hace mucho hincapié ya que apuesta a su vez por un control no tan exigente como podría haberse realizado en un inicio por parte de la Oficina del Registro Consular, por razones de seguridad jurídica, tutela judicial efectiva así como de economía procesal. A través de la Resolución se discuten algunos de los aspectos clave a la hora de hablar sobre el reconocimiento de decisiones extranjeras y que se irán tratando en mayor profundidad a lo largo de los próximos epígrafes. Entre ellos: las consecuencias del enfoque metodológico seguido por la Resolución, la cumplimentación de los requisitos formales del artículo 81 RRC, la exigencia del ‘control de legalidad’, el ajuste con el orden público internacional español (que adelantamos: va a ser objeto de mucha discusión) así como interés superior del menor y su derecho a la identidad única, entre otros. En consecuencia, la Resolución emitida por la D.G.R.N a fecha de 18 de febrero de 2009 estima el recurso de los interesados y ordena que se proceda a la inscripción del nacimiento de los menores junto con la filiación a favor de los mismos.

Conocida la Resolución, el Ministerio Fiscal la impugnó. A través de una sentencia<sup>4</sup>, tan sucinta como concreta, el Juzgado de Primera Instancia de Valencia deja sin efecto la inscripción acudiendo a la literalidad del artículo 23 Ley del Registro Civil (en adelante, LRC) por su mayor valor normativo frente al artículo 81 RRC (como haría previamente la D.G.R.N). En base a este nuevo precepto dos serían los requisitos que debería cumplir la certificación extranjera para poder ser objeto de inscripción en nuestro Registro Civil (en adelante, RC): la comprobación de la realidad del hecho inscrito por parte del

---

<sup>4</sup> Juzgado de Primera Instancia de Valencia, Sentencia núm. 193/2010 de 15 de septiembre.

encargado registral y la conformidad del hecho a inscribir con la legalidad española. Con respecto al primer criterio, el Juzgado entiende que el hecho inscrito sería la filiación de los menores cuya veracidad es biológicamente inviable y por tanto imposibilitaría su cumplimiento. Y, por otro lado, respecto al segundo criterio, el estricto control de legalidad practicado por este Juzgado se ajusta a la literalidad de la norma (a diferencia de la interpretación practicada por la D.G.R.N) que conduce a la aplicación de la prohibición precisada por el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, como en un primer momento decidió resolver el Encargado del Registro Consular. La sentencia ahora estudiada determina que al estar la gestación por sustitución prohibida en España debe impedirse el acceso al Registro Civil de toda inscripción así lograda. En esta Resolución también se ofrece una breve observación al argumento de la discriminación por razón de la orientación sexual de los solicitantes expuesto en la defensa de los mismos, algo que más adelante estudiaremos en contraste con las demás resoluciones. Por último se hace una última apreciación al interés superior del menor que queda bastante ‘relativizado’ por el principio de legalidad seguido estrictamente por esta decisión judicial.

Frente a esta Sentencia de Primera Instancia los solicitantes de la inscripción plantean un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, pero antes de que este sea resuelto la D.G.R.N. dicta una Instrucción con fecha de 5 de octubre de 2010<sup>5</sup> que entrará a considerar el régimen registral de la filiación para los menores nacidos a través de gestación por sustitución. El objetivo de este documento es fijar unas condiciones de acceso al Registro Civil de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada y así delimitar las directrices a seguir por los encargados registrales. En esta Instrucción podemos ver que se utilizan criterios más estrictos que en la primera Resolución (2009), ya que se reconoce la confrontación del interés del menor afectado con el de las mujeres que acceden a ejecutar esta serie de contratos renunciando a sus derechos como madres biológicas de los nacidos. Aunque más adelante volveremos sobre

---

<sup>5</sup> Esta Instrucción es criticada por parte de la doctrina al considerarla un paso atrás en la novedosa metodología que implementaba la Resolución de 18 de febrero de 2009 y que suponía una apertura al reconocimiento de las decisiones extranjeras. La nueva Instrucción determina necesaria una resolución judicial, descartando así la posibilidad de presentar la solicitud a partir de la simple certificación registral. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ entienden que el cambio en la perspectiva de la D.G.R.N. “*burocratiza(n) de modo artificial e innecesario el acceso al Registro Civil español de la filiación acreditada en país extranjero*”. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, p. 247.

esto, podríamos sintetizar los nuevos requisitos de acceso al Registro Civil Español de la siguiente forma:

Primero.- Presentación al encargado del Registro Civil de la resolución de carácter judicial dictada por el Tribunal extranjero competente para ello pudiendo cotejar como veraz de esta forma que se cumplen los requisitos legales comprendidos en la normativa del país extranjero en relación al contrato de gestación por sustitución.

Segundo.- Para el segundo requisito la D.G.R.N hace una distinción cuando se traten de resoluciones derivadas de procedimientos equiparables al de jurisdicción voluntaria. En estos supuestos será necesario únicamente un control incidental previo al reconocimiento para el que se recogen una serie de condiciones a comprobar relacionadas con aspectos formales de la resolución así como con el respeto a los derechos de los menores y de las mujeres gestantes.

Tercero.- Por último, en el caso de que la resolución extranjera no entre en el supuesto anterior deberá iniciarse un procedimiento ante los Tribunales españoles en el que sea objeto de exequátur.

A través de estos requisitos, la Instrucción establece como finalidad tanto la garantía del interés de los menores nacidos como el de la mujer gestante que da a luz. De ahí que deban de observarse tres aspectos fundamentales a la hora de estudiar una solicitud de inscripción en los términos de un contrato previo de gestación subrogada: *“el derecho que le asiste a los nacidos por estas técnicas cuando uno de los progenitores es de nacionalidad española, que la inscripción no encubra ningún supuesto de tráfico internacional de menores y el derecho del menor a reconocer su origen biológico”*. Puede entenderse que la D.G.R.N., a la hora de emitir esta Instrucción, tuvo como objetivo dotar de seguridad jurídica al procedimiento de inscripción de estas solicitudes, no tanto la salvaguarda del principio de legalidad.<sup>6</sup>

La sentencia de la Audiencia Provincial vuelve a centrar la atención sobre la contrariedad del contrato de gestación por sustitución a la legislación española pero

---

<sup>6</sup> BATUECAS CALETRÍO, A., “L’Iscrizione della nascita nel registro civile spagnolo dei nati da maternità surrogata all’estero”, *Revista di Diritto Civile*, 2015, p. 1160, 1162.

aborda además todas las vías metodológicas que se han planteado hasta el momento. En cuanto al método de reconocimiento de las decisiones extranjeras se hace un estudio de cómo el reconocimiento de la certificación estadounidense sobre la filiación de los menores afectaría al orden público internacional español, concluyendo que no existiría un respeto al mismo ya que ello conllevaría a la vulneración de diferentes preceptos constitucionales (art. 10.1, 39.2 y 1271 CE). Tampoco se entiende viable el reconocimiento de la resolución extranjera a través de las nuevas directrices de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la D.G.R.N de la que acabamos de hablar puesto que la decisión judicial a la que hacen referencia los apelantes no consta ni habría sido incorporada al proceso. Por último la sentencia hace una muy breve alusión al argumento de la discriminación y al principio del interés superior del menor, ajustándose a los argumentos ya empleados por la Sentencia emitida en Primera Instancia. La Audiencia Provincial de Valencia resuelve declarando no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por los interesados.

Frente a lo anterior, los ‘padres intencionales’ de los menores nacidos en California a través de la técnica de gestación por sustitución recurren la decisión de la Audiencia Provincial en casación ante el Tribunal Supremo que se constituirá en Pleno previendo la posible creación de doctrina. Como primer elemento a tener en cuenta, el TS dirige sus actuaciones partiendo del método del reconocimiento de decisiones extranjeras y no del conflicto de leyes. A partir de ahí comienza un exhaustivo examen del requisito de respeto al orden público que se extrae de la interpretación del artículo 23 LRC cuando menciona la legalidad del hecho a inscribir. Para realizar ese examen el TS recoge una serie de valores que inspiran la normativa española en Derecho de familia y que por tanto inspirarían el núcleo del orden público en dicha materia (obstáculo o límite al reconocimiento de decisiones extranjeras). Dentro de esas normas integradoras del orden público internacional español entraría la LO 14/2006 y más en concreto su artículo 10, lo cual sería argumento suficiente para sostener la postura del Tribunal de que el reconocimiento de la decisión registral californiana contravendría el orden público español. Por último, pasan a evaluarse el argumento de discriminación por orientación sexual que alegan los recurrentes así como el interés superior del menor, esta vez de una manera mucho menos superficial que como se venía haciendo en instancias anteriores. Es en esta sentencia donde explícitamente se reconoce la necesaria ponderación a realizar entre el interés de los menores afectados por estas decisiones junto con otra serie de

consecuencias que afectarían también sus derechos fundamentales. Se pasa de igual forma a recordar el posible reconocimiento de la filiación de los menores a través de otros métodos reconocidos en la normativa vigente española dando también un mandato al Ministerio Fiscal para que proteja el núcleo familiar ‘de facto’ que pudiese existir entre los recurrentes y los menores y que pueda también llevarse a cabo la determinación de la correcta filiación de estos.

Así, en el estudio de la jurisprudencia del caso que nos ocupa llegamos a un segundo Auto con fecha de dos de febrero del año 2015, emitido de nuevo por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo constituida para la ocasión en su forma plenaria. Este Auto pretende resolver el recurso de casación interpuesto por los padres de los menores nacidos en virtud del aún presunto (hecho que en este momento va a tener cierta importancia) contrato de gestación por sustitución contra la anterior sentencia dictada en el seno del mismo órgano jurisdiccional con fecha 6 de febrero del año 2014 y que acabamos de analizar.

El recurso de casación ahora interpuesto se reviste de la fórmula denominada ‘incidente de nulidad de actuaciones’, por considerar el Tribunal Supremo que es el mejor medio para valorar si ha existido algún tipo de vulneración de derechos fundamentales durante el proceso inmediatamente anterior. Éste es un remedio de carácter extraordinario que prevé la LOPJ en su artículo 241.1, en el cual se delimitan los presupuestos en los que este mecanismo va a poder ser utilizado y es que su uso está restringido para aquellas vulneraciones de derechos fundamentales que recaigan sobre defectos únicamente de forma y que pudiesen haber causado indefensión o por incongruencia del fallo, lo cual cumple una función de ‘desahogo’ al Tribunal Constitucional, ya que evita que muchas causas tengan que acceder a éste necesariamente para recurrir estos defectos de forma. Esto quiere decir, para el caso al que nos referimos, que en este recurso la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no volverá a pronunciarse sobre posibles vulneraciones de derechos fundamentales que tengan que ver con el fondo del asunto y con la ‘causa pretendi’ sino sobre otras posibles que hayan remitido en infracciones de normas procesales ya fuesen reguladoras del proceso mismo o de la sentencia.

Los recurrentes recogen en sus alegaciones que la sentencia dictada por la misma Sala a fecha de 6 de febrero de 2014 infringiría tres derechos fundamentales:

En primer lugar, el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). Los recurrentes argumentan la vulneración de este derecho desde dos perspectivas. Primeramente, por una supuesta infracción a las normas reguladoras de la prueba y la carga de la misma, ya que en todo momento durante el proceso se han tenido a modo de ciertas circunstancias como es el contrato de gestación por sustitución o la inexistencia de una relación vinculante con el país donde el contenido de éste fue llevado a cabo, hechos que por otro lado nunca han sido atestiguados por los promotores del incidente de nulidad (ni tampoco se les habría exigido probarlo hasta el momento). En un segundo lugar se alega la supuesta incongruencia de la sentencia, ya que el punto de vista desde el que se enfoca la resolución se desvía del cauce tomado por los recurrentes y se pasa de apreciar una cuestión registral a un estudio de las consecuencias que trae la ilicitud del proceso de gestación por sustitución en nuestro país.

En segundo lugar, el derecho a la igualdad sin que medie discriminación (artículo 14 CE). En este sentido la infracción se plantea en dos vertientes: por un lado, la discriminación hacia los menores respondiendo a su nacimiento y, por otro, hacia los padres en razón a su orientación sexual.

En tercer y último lugar, el derecho a la intimidad familiar (artículo 18 CE) que los recurrentes relacionan con el derecho de la pareja para acceder a medios de reproducción alternativos como serían los medios de reproducción asistida.

Este Auto del Tribunal Supremo tiene suma importancia porque a través del cauce de incidente de nulidad de actuaciones se va a permitir que la Sala evalúe las supuestas vulneraciones alegadas por los promotores con anclaje en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y la interpretación que de este hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que debido a las funciones y competencias de ambos ratificadas por nuestro ordenamiento jurídico tienen una significativa función de esclarecimiento sobre los derechos fundamentales y libertades públicas avalados en nuestra Carta Magna.

Las sentencias que sientan doctrina en la materia y que van a ser consideradas como base interpretativa son dos sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos con fecha de 26 de junio de 2014, por tanto surge en el periodo entre la resolución anterior y ésta. El Tribunal Supremo decide proceder estudiando primeramente las sentencias objeto de análisis para más adelante mostrar las diferencias y similitudes (escasas) entre estas y el caso español sobre el que está decidiendo. A este punto debemos decir que aunque el origen de los tres procesos es prácticamente el mismo: el rechazo por parte de la autoridad registral al reconocimiento de decisiones extranjeras y en consecuencia a la inscripción de la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero. Sin embargo, a partir de aquí las diferencias sobre la consideración que merece el caso a la luz de los tribunales franceses y la que practica el Tribunal Supremo español son visibles.

Pero para tratar esta cuestión debemos partir del artículo 8 del Convenio Europeo al que antes hemos hecho referencia y que dice así: *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*.<sup>7</sup>

Partiendo de este precepto como base el Tribunal de Estrasburgo hace diferentes consideraciones, un análisis por pasos que es interesante estudiar:

Primero.- ¿Se puede aplicar este precepto? Para ello será necesaria la existencia de una ‘vida familiar’ y que ésta junto con la ‘vida privada’ de los menores hayan podido verse afectadas por las decisiones de las autoridades registrales así como de las posteriores resoluciones judiciales. En este sentido el Tribunal afirma que efectivamente existe esa ‘vida familiar’ basándose en la convivencia de los recurrentes con los menores así como en la relación análoga a la de padres e hijos que se ha venido desarrollando. Paralelamente se entiende que la propia identidad de los menores (que se estaría afectando

---

<sup>7</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.



con las anteriores decisiones sobre la inscripción de su filiación como ya veíamos en el caso español) es núcleo de su vida privada.

Tendríamos así los pilares para entrar a valorar el cumplimiento de este precepto por parte de las autoridades públicas.

Segundo.- Se admite que existe una injerencia de los poderes públicos, ya que la decisión que toman las autoridades judiciales francesas sobre el no reconocimiento de la filiación de los menores supondría una intromisión en la vida privada y familiar de los mismos.

Tercero.- ¿Se cumplen los requisitos para que exista vulneración del precepto? Para ello la injerencia deberá estar prevista en el ordenamiento nacional, esta previsión se constata (al igual que pasaría en el caso español con las previsiones contenidas en la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida). Al igual que también será necesario que la injerencia responda a principios o ‘fines legítimos’ como son los enunciados en el artículo 8 del Convenio, en este sentido también entiende el Tribunal que estas decisiones sí que tendrían correspondencia con el respeto y la protección de la salud, así como de los derechos y libertades de los demás.

El último requisito, quizá el más difícil de valorar, es el que exige que la injerencia de los poderes públicos en el derecho a la vida familiar y privada pueda entenderse como necesaria en el prisma de una sociedad democrática. Éste es el punto en el que debemos prestar mayor atención, ya que en él residen las diferencias entre la respuesta ofrecida por las autoridades judiciales francesas y las españolas y donde vamos a ver que la interpretación y resolución del Tribunal Supremo se apoya. ¿Qué se necesita para analizar el carácter ‘necesario’ de la medida? Equilibrio. Equilibrio entre el margen que se guarda cada Estado como soberano en la regulación de esta materia en su ordenamiento interno y el interés de los afectados, entre los cuales se sitúan menores cuyo interés es fijado como ‘superior’. El equilibrio entre ambos intereses (del Estado y de los individuos afectados) es analizado por el Tribunal respecto al derecho a la vida familiar decidiendo que las trabas que se hubiesen podido ocasionar no habrían llegado a impedir que los litigantes alcanzasen una vida familiar común comparable a la de otras familias (se basa aquí en la convivencia de los padres con los menores). Se analiza por otra parte si ese

equilibrio es medurado en atención al respeto a la vida privada de los menores y es en este punto donde la sentencia gana nuestro interés, ya que se considera que la negativa que ofrecen las autoridades francesas a establecer la filiación por cualquiera de los medios reconocidos en el ordenamiento (impidiendo incluso el reconocimiento de la filiación por parte del padre biológico) conlleva a una injerencia que traspasa con creces el umbral del sensato margen de apreciación permitido a los Estados, ya que esta inflexible negativa traería consigo problemáticas paralelas más graves hacia los menores como podrían ser la incertidumbre hacia el reconocimiento de su nacionalidad, el acceso a los derechos sucesorios, entre otros. Este desequilibrio entre los objetivos buscados por el Estado francés y el interés superior de los menores afectados hace que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resuelva a favor de los recurrentes al entender que la injerencia que practican las autoridades francesas se sale de los límites establecidos en el artículo 8 del Convenio y que por tanto conlleva a una vulneración del derecho a la vida privada de los menores.

Con esta resolución presente el Tribunal Supremo español considera que la Sentencia 245/2012 de 6 de febrero de 2014 respeta los principios expuestos al permitir el reconocimiento de la filiación de los menores en base a otros medios alternativos como serían el reconocimiento de la filiación biológica paterna de la persona que aportó su material genético o la adopción, así como la protección merecida por el reconocimiento del ‘núcleo familiar de facto’ en el caso de que se probase la existencia del mismo. Recordemos que, además, la sentencia recurrida no solo decide la capacidad del reconocimiento de la filiación por esos otros cauces sino que también hace un llamamiento al Ministerio Fiscal para que en su labor de protección hacia los menores active los mecanismos necesarios para ello. En base a estos motivos la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resuelve que no ha lugar a la nulidad de la sentencia recurrida y que por tanto se confirma la decisión tomada ya en primera instancia (Sentencia 193/2010 de 15 septiembre) de dejar sin efecto la inscripción de nacimiento que se practica en atención a la Resolución de la DGRN con fecha 18 de febrero de 2009 donde consta la filiación de los menores con respecto a los recurrentes, comitentes en el contrato de gestación por sustitución.

## 2. EL RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS

Desde una óptica internacional podemos hacer una distinción elemental entre los países que cuentan con una legislación favorable a la gestación subrogada y aquellos otros, como es el caso español, en los que el legislador, por el contrario, ha decidido prohibir esta práctica dentro de los límites en los que se expande la soberanía del Estado. Dentro del primer grupo encontraríamos a Canadá, Rusia, Ucrania, Tailandia, India; trece estados dentro de EE.UU., entre ellos California (lugar de nacimiento de los menores cuya filiación es discutida en la jurisprudencia analizada anteriormente), Utah o Washington; e incluso aunque en nuestro entorno europeo predomine la tendencia reguladora en contra de esta técnica reproductiva también existen países como Reino Unido, Grecia o Portugal<sup>8</sup> en los que con requisitos más o menos restrictivos se permite que las parejas accedan a la gestación por sustitución<sup>9</sup>. A su vez, habría que definir dos subgrupos ya que por un lado estarían los estados en los que el contrato es lícito y por tanto válido pero únicamente entre nacionales, es decir, se restringe el acceso a los comitentes extranjeros; éste sería el patrón seguido por Tailandia entre otros. En otra vertiente tendríamos estados como Rusia o California en los que, como ya hemos visto, la nacionalidad de los padres intencionales no es condición *sine qua non* para permitir que se desarrolle la relación contractual.

Esta diferencia entre las muchas regulaciones de la gestación por sustitución conlleva que la opción de trasladarse a otro Estado para contratar con una mujer gestante sea en

---

<sup>8</sup> Hace apenas unas semanas, el Tribunal Constitucional portugués ha emitido la Sentencia núm. 225/2018 con fecha de 24 de abril de 2018. En esta resolución los Magistrados del Alto Tribunal decidían anular ciertos preceptos de la Ley 25/2016, de 22 de agosto, que permitía la gestación subrogada en el país y que entró en vigor en agosto de 2017. El Tribunal ha estimado que esta técnica reproductiva no entra, por sí misma, en conflicto con la dignidad de la mujer o del nacido pero, sin embargo, algunos de los requisitos y principios desarrollados en la Ley 25/2016 sí entran en conflicto con determinados derechos fundamentales de la Constitución lusa (entre ellos, por ejemplo, la irrevocabilidad del consentimiento de la gestante). Así, estas consideraciones impiden la aplicación práctica de la Ley que regula la gestación subrogada hasta que el Parlamento modifique los respectivos preceptos, no obstante esta decisión no tendrá efecto alguno sobre los procesos ya autorizados por el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida. De manera complementaria, esta información ha sido cubierta desde una perspectiva periodística por diferentes medios de comunicación, entre ellos: El Tribunal Constitucional portugués anula la ley de gestación subrogada. (24 de abril de 2018). El País. Recuperado de [https://elpais.com/internacional/2018/04/24/actualidad/1524600093\\_546573.html](https://elpais.com/internacional/2018/04/24/actualidad/1524600093_546573.html)

<sup>9</sup> VILLAR, G. y GARCÍA, A. (27 de junio de 2017). La situación de la gestación subrogada en el mundo. El País. Recuperado de [https://elpais.com/internacional/2017/06/27/actualidad/1498555779\\_269973.html](https://elpais.com/internacional/2017/06/27/actualidad/1498555779_269973.html)

RUÍZ JIMÉNEZ, I. (28 de junio de 2017). Así son las legislaciones sobre la maternidad subrogada en otros países del mundo. El Mundo. Recuperado de <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/06/28/595279e9e5fdea501e8b467c.html>

muchos casos la alternativa ante preceptos como el artículo 10 LTRHA que prevén la nulidad de cualquier acuerdo de esta índole. Esto hace que la práctica se internacionalice por acceder a países con legislaciones más abiertas y, por tanto, surja la necesidad de hacer un estudio de los efectos que de esas experiencias se desatan en el país de origen de los padres comitentes que viajan fuera de las fronteras del mismo para volver con un menor nacido fruto de la gestación subrogada.

Teniendo muy en cuenta la exigencia que la materia requiere de un enfoque desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado y que advertimos es plenamente necesario, haremos una breve inmersión en el problema que se suscita de cara al reconocimiento de las decisiones extranjeras en nuestro ordenamiento jurídico con especial atención a la cuestión de los efectos jurídicos en España de una certificación registral extranjera en la que se reconoce la filiación de los nacidos por gestación subrogada. No es nuestra intención abordar de manera minuciosa ni pormenorizada un tema tan complejo como éste sino más bien establecer simplemente los antecedentes de la cuestión y proporcionar una serie de herramientas básicas que nos acerquen a la situación que se origina.

El tema del reconocimiento de las decisiones extranjeras es abordado por primera vez en materia de gestación subrogada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 18 de febrero de 2009. En este documento la D.G.R.N. se enfrenta a la solicitud de inscripción de la filiación instada por la pareja homosexual en la Oficina Consular del Registro Civil en California definiendo una metodología innovadora que analizaremos a continuación.

El método utilizado por la D.G.R.N. se fundamenta en entender que cuando la pareja solicita ante el Encargado del Registro Civil Consular la inscripción del nacimiento y la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución aportando la correspondiente certificación registral expedida por la autoridad extranjera en la que consten ambos elementos, la tarea del Encargado no será la determinación de la filiación sino el reconocimiento de validez de esa decisión registral extranjera previa que se adjunta a la solicitud. Diferenciamos así entre una “tutela por declaración” o una “tutela por reconocimiento”.

La denominada “tutela por declaración” queda expuesta en el artículo 168 del Reglamento del Registro Civil y quedaría reservada para los casos en los que se solicite por primera vez la inscripción del nacimiento con la respectiva determinación de la filiación del menor nacido, ya que ésta no habría sido objeto de una decisión extranjera previa. En este caso debería procederse utilizando las normas de conflicto para delimitar qué legislación será de aplicación a la hora de resolver una situación de carácter privado que se desenvuelve en dimensión internacional pero se plantea por vez primera ante las autoridades españolas. Para resolver esta situación se aplicaría el artículo 9.4 del Código Civil (norma de conflicto) que con base a su apartado primero daría como resultado la aplicación de la ley nacional del menor.

Entre los autores partidarios de esta solución pueden citarse a CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>10</sup>. Su opinión se fundamenta en una distinta interpretación del artículo 17.1 CC, que es el precepto que se encarga de determinar quiénes ostentan originariamente la nacionalidad española, y más en concreto de la expresión “*nacidos de padre o madre españoles*”<sup>11</sup>. Subrayan ambos autores que existe una importante distinción entre ese enunciado, que es el que literalmente figura en nuestro Código Civil, y la expresión “hijos de padre o madre españoles” por la que parte de la doctrina pretende reemplazarla en sus argumentos. De haber sido utilizado este último habría exigido una determinación de la filiación del menor acreditándose así mediante sentencia judicial que este fuese efectivamente “hijo de padre o madre españoles” para pasar a reconocer su nacionalidad española. Sin embargo, aunque habría sido posible que el legislador hubiese ido más allá en la redacción del precepto, en ese “*nacidos*” al que hace referencia el artículo 17.1 CC se limita a exigir la existencia de indicios racionales<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Así lo expresan ambos autores en diferentes publicaciones, entre ellas las que se enuncian a continuación. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, p.299. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, p. 250.

<sup>11</sup> Código Civil, artículo 17.1 a).

<sup>12</sup> En los casos de nacidos en virtud de contrato de gestación subrogada hablaremos de indicios como el certificado registral extranjero, la sentencia judicial donde se determina la filiación del menor a favor de los comitentes o la posesión de estado, verificada a través de las tres condiciones tradicionales: *nomen, tractatus y fama*. En caso de que estos indicios se destruyan una vez se demuestre que ninguno de los comitentes son padres biológicos del menor, cabe la flexibilidad del principio de legalidad en beneficio del interés superior del menor que de no reconocerse su nacionalidad se verá perjudicado por las limitaciones obvias de ese estado (como no poder optar a los servicios públicos básicos para su bienestar).

que inviten a pensar que en la concepción del menor efectivamente participó un progenitor español; partiríamos así de una presunción perfectamente sostenible en favor del comitente que ahorraría a su vez el denominado “*problema circular*” que vincula la nacionalidad con la filiación y viceversa (entramado del artículo 17.1.a) y 9.4 CC).

Ahora bien, una vez que asumimos la nacionalidad española del nacido, registrarán, para la determinación de su filiación (por vez primera), los criterios generales que se articulan en nuestro Código Civil (criterio del alumbramiento en el caso de la determinación de la maternidad y regla de *pater est quem sanguinis demonstrat* para el caso de la paternidad) así como la norma sustantiva española. De estas reflexiones concluiríamos por tanto que siguiendo el criterio definido por la D.G.R.N. en la Resolución de 18 de febrero de 2009 en los casos en los que se inste por primera vez ante autoridad registral española la determinación de la filiación de un nacido en el extranjero (tutela por declaración) que ostente a su vez la nacionalidad española en base al artículo 17.1 CC serán de aplicación las disposiciones normativas nacionales en materia de filiación. Este planteamiento daría lugar a la aplicación de la Ley 14/2006 y más en concreto de su artículo 10, lo cual supondría un problema para el caso de haber mediado la concepción mediante gestación subrogada, ya que obligaría a determinar la maternidad a partir del criterio del parto, siendo entonces madre la mujer gestante que habría rechazado dicha filiación en su favor.

Por otro lado tenemos la tutela por reconocimiento, mecanismo legal que utiliza la D.G.R.N. en su Resolución para resolver el caso concreto que se le plantea en 2008 y que da lugar a la Resolución que venimos analizando. Bajo esta perspectiva metodológica la D.G.R.N. entiende que la inscripción del nacimiento mediante presentación de certificación registral extranjera en la cual conste tanto nacimiento como filiación del menor no debe seguir el cauce legal de la tutela por declaración que acabamos de ver sino que deberá regirse por lo que digan al respecto las normas españolas específicamente previstas para regular el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil de nuestro país. En este sentido se rechaza por tanto el uso de las normas de conflicto así como el derecho sustantivo español. El motivo que fundamenta esta óptica es la preexistencia de una certificación registral proveniente de una autoridad extranjera que

---

BATUECAS CALETRÍO, A., “L’Iscrizione della nascita ...”, op., cit., p. 1182. TORRES PEREA, J.M., *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid 2009, p. 22.

ya no dejaría espacio a decidir qué ley resulta de aplicación a la determinación de la filiación ni tampoco por tanto las prohibiciones o reglas que consten en nuestro ordenamiento porque ya se han aplicado las correspondientes normas estatales al fondo del asunto, en este caso las leyes californianas. Partimos entonces de que habiendo sido aplicada ya la respuesta jurídica a la determinación de la filiación de los nacidos la única tarea de las autoridades españolas es valorar si nuestro ordenamiento jurídico deja espacio para otorgar o no efectos jurídicos a la certificación extranjera aportada, es decir, determinar si se puede reconocer dicha decisión preexistente para que despliegue sus consecuencias en nuestro país.

Las normas que la D.G.R.N. estima oportunas en 2009 para valorar el acceso de las certificaciones extranjeras al Registro Civil Español son los artículos 81 y 85 RRC, estimación que más adelante será discutida por la jurisprudencia<sup>13</sup>. En una lectura de ambos preceptos se puede apreciar una clara parquedad que da vía libre a la D.G.R.N. para realizar una interpretación de las exigencias que suponen. Así, la Dirección trata en sus reflexiones de limitar el control requerido a una comprobación por parte de la autoridad registral española de diferentes requisitos de carácter formal que garanticen la autenticidad del documento extranjero aportado (documento público y traducido), equivalencia funcional de las autoridades registrales extranjeras que emitan la certificación, posible lesión de la decisión extranjera en el orden público internacional español y, siempre que sea necesario, control de los derechos de defensa de los implicados en el procedimiento registral que se presenta. Como se puede apreciar, en estas actuaciones no se prevé un examen de fondo de la cuestión objeto de esa decisión extranjera puesto que la D.G.R.N. entiende que el control de legalidad practicado no podrá consistir en un examen exhaustivo que busque la simetría total entre el documento extranjero y la resolución que hubiese ordenado la autoridad española de haberse instando en primer lugar en nuestro país. Esta estimación se motiva en que de ser así, la tarea del reconocimiento de decisiones se convertiría en algo casi utópico debido a la heterogeneidad de los ordenamientos jurídicos internacionales.

---

<sup>13</sup> Discutida también por diversos autores quienes se muestran contrarios a la inaplicación del art. 23 LRC y a la interpretación del art. 81 RRC de la que la D.G.R.N. se vale para argumentar jurídicamente su Resolución. Entre ellos: ATIENZA, M., “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El Notario del siglo XXI*, 2009, p. 55. MUÑOZ DE DIOS, L., “El Registro Civil admite el alquiler de vientres”, *El Notario del siglo XXI*, 2009, p. 58.

Con estos requisitos la D.G.R.N. define en base a su interpretación el mandato de los artículos 81 y 85 RRC y más en concreto la expresión “*con fuerza en España*” cuyo contenido puede parecer que queda absorto en un vacío legal por no estar su significado desarrollado por el legislador.

Sin embargo, es aquí donde difiere la perspectiva jurisprudencial<sup>14</sup> al considerar que no es válido el argumento del presunto vacío legal sobre el significado de los preceptos reglamentarios ya que existe una norma de mayor valor normativo (principio de jerarquía normativa, artículo 9.3 CE), el artículo 23 de la Ley de Registro Civil<sup>15</sup> a la luz del cual deben interpretar y aplicarse las disposiciones que conforman el Reglamento de desarrollo. Este precepto indica expresamente dos requisitos para la inscripción de certificaciones extranjeras: comprobación de la realidad del hecho que pretende escribirse y conformidad del mismo a la Ley española. Estas prescripciones legales exigen, según el Tribunal Supremo<sup>16</sup>, que el control no se limite a los aspectos formales sino que debe ir más allá entrando también a examinar cuestiones de fondo. Es este órgano judicial quien, en la misma resolución, precisa los términos en los que debe entenderse el enunciado “*legalidad conforme a la Ley española*” de dicho artículo 23 LRC. En ese afán por limitar el reconocimiento de las decisiones extranjeras nuestro Tribunal Supremo determina que no debe entenderse el precepto como una exigencia de total armonía y conformidad a todas las normas que forman nuestro ordenamiento jurídico porque de interpretarse así el reconocimiento sería impracticable. Se trata sin embargo de que la decisión a reconocer “*respete las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español*”<sup>17</sup>. Un requisito, el del respeto al orden público internacional español, que más adelante discutiremos<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Metodología implantada por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia en la Sentencia núm. 193/2010 de 15 de septiembre y confirmada en sucesivas instancias hasta llegar a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2013 de 6 de febrero.

<sup>15</sup> Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil publicado en el BOE núm. 151 de 10 de junio de 1957. Desarrollo previo a la actualización que opera la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

<sup>16</sup> STS de 6 de febrero de 2013.

<sup>17</sup> *Ibid*, fundamento de derecho tercero.

<sup>18</sup> Para entender la necesidad de realizar el control de legalidad al que hace referencia el artículo 23 LRC es muy práctico el ejemplo que expone el Juzgado de Primera Instancia de Valencia en la Sentencia 193/2010 de 15 de septiembre. En el tiempo anterior a la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil español en materia de matrimonio incluyendo finalmente como válido el matrimonio entre personas del mismo sexo, cualquier solicitud de inscripción en el RC de un matrimonio homosexual celebrado en el extranjero era denegada. El motivo de tal negativa era que la norma en vigor hasta el momento no permitía que las decisiones extranjeras que certificaban ese tipo de matrimonios tuviesen cabida en nuestro Registro por ser contrarias a la legalidad vigente. De la misma forma tampoco sería posible en la actualidad reconocer decisiones extranjeras que certifiquen un matrimonio poligámico o



La D.G.R.N. modificó el 7 de octubre de 2010 su metodología respecto al reconocimiento de decisiones extranjeras cuando publicó una Instrucción dirigida a determinar el régimen registral de la filiación de los menores nacidos mediante gestación subrogada. Las nuevas directrices quedaron reflejadas en el epígrafe anterior pero, a modo de resumen, esta Instrucción endurece los requisitos de reconocimiento de las decisiones extranjeras en esta materia y limita sus actuaciones a las solicitudes que se acrediten con una resolución judicial sobre la filiación del nacido por esta técnica reproductiva. A este punto ya no serán aceptadas aquellas peticiones de inscripción del nacimiento y la filiación de los nacidos en el extranjero por gestación subrogada cuando únicamente se aporte la certificación registral extranjera sino que debe haber mediado un procedimiento judicial con la respectiva determinación de la paternidad biológica (condición que encaja con la posibilidad que ampara el artículo 10.3 LTRHA<sup>19</sup>) respecto a uno de los padres comitentes que pretenden la inscripción en el Registro Civil español, se entiende. A partir de ese requisito base, las autoridades registrales españolas deberán llevar a cabo un control de diferentes aspectos formales como la autenticidad de la resolución judicial, la competencia del órgano que lo dicta y otros aspectos de fondo como la garantía de los derechos de las partes implicadas, el interés superior del menor y validez del consentimiento, entre otros.

A la espera de la tardía entrada en vigor de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil<sup>20</sup>, el mecanismo vigente<sup>21</sup> que rige la inscripción registral de los menores nacidos a través de un contrato de gestación subrogada es la Instrucción de 6 de octubre

---

uno entre menores de 12 años, por ejemplo. Se entiende que se verían afectados principios considerados como fundamentales e imperantes por la sociedad española.

<sup>19</sup> En el tercer apartado del artículo 10 LTRHA se garantiza la posibilidad de que el padre biológico pueda llevar a cabo la acción de reclamación de la paternidad.

<sup>20</sup> La nueva redacción de los arts. 28 y 98 pone fin al reenvío reglamentario para determinar los requisitos de acceso al Registro Civil español y concreta los requisitos necesarios para el acceso de estas solicitudes originadas en el extranjero al Registro español. El contenido de estos nuevos preceptos confirman, a través de su similitud, la metodología desarrollada por la D.G.R.N. en su Instrucción de 7 de octubre de 2010.

DURÁN AYAGO, A., “El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2012, p. 265-308.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución *pueden* ser inscritos en el registro civil español”, *Diario La Ley*, 2014, p.4.

<sup>21</sup> La vigencia de la Instrucción se confirma en la Consulta a la D.G.R.N. de 11 de julio de 2014.

CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, p. 60.

de 2010. Los requisitos y presupuestos en ella redactados son los que operarán a la hora de inscribir el nacimiento, nombre y nacionalidad del menor nacido; sin embargo, la inscripción de la filiación queda en manos de los Tribunales españoles al entrar en conflicto con principios fundamentales como el orden público internacional español.

### 3. EL ARGUMENTO DE DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

En el caso de la solicitud de la pareja valenciana que estudiamos, la respuesta negativa ofrecida desde un primer momento por el Encargado del Registro Civil Consular español en California y que se confirmó en cada una de las instancias posteriores dentro del proceso judicial al que se derivó fue cuestionada tanto por el matrimonio recurrente como por la propia Dirección General de los Registros y el Notariado<sup>22</sup> por considerarla una posible vulneración a uno de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna y principio del Estado social y democrático de Derecho: el artículo 14 CE.

Se entiende, por la entidad de este precepto, necesario realizar un profundo análisis sobre esta cuestión en el caso concreto, algo que paradójicamente no vemos desarrollado sustanciosamente en ninguna de las decisiones judiciales, las cuales le dedican a lo sumo cuatro breves párrafos, extendiéndose un poco más en esta cuestión el auto del Tribunal Supremo que pone fin al proceso.

Esta supuesta vulneración del artículo 14 CE que como antes veíamos ha sido durante todo el proceso uno de los principales argumentos alegados por la pareja solicitante de la inscripción e incluso confirmada en un primer momento por la D.G.R.N. se cimienta sobre la diferenciación que supone la aplicación del artículo 7.3 LTRHA, sin un examen sustancioso del precepto, en dos supuestos similares. El razonamiento que sigue la resolución de la D.G.R.N. se basa en proponer una hipótesis que, inicialmente, aparenta tener suficiente verosimilitud: si se denegase la inscripción de la filiación a favor de una pareja formada por dos hombres se contrariaría el principio de igualdad ya que la ley sí permite que conste registralmente la filiación de un hijo a favor de un matrimonio formado por dos mujeres. Cabe preguntarse a qué se debe esta contrariedad que nos deja la LTRHA y que choca con la decisión erguida por la jurisprudencia española.

Este precepto (artículo 7.3 LTRHA) que podemos calificar indudablemente como innovador es implantado por la reforma<sup>23</sup> que incorpora la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Aunque el nombre de la norma que

---

<sup>22</sup> Resolución D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009.

<sup>23</sup> Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, por la que se añade un tercer apartado al desarrollo del art. 7 LTRHA.

introduce el artículo 7.3 LTRHA ya nos lo avanza, la lectura del artículo 1 de la misma, en el cual se desarrolla el objeto de la ley, expresa que las disposiciones contenidas en esa norma están destinadas a lograr la igualdad de derechos y deberes entre hombres y mujeres en cualquier esfera de la vida de la persona tomando anclaje precisamente en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española. Resulta contradictorio pensar que la norma que se cuestiona como discriminatoria en este caso esté a su vez inspirada en una ley cuyo origen es el de lograr igualdad entre sexos. Según este artículo: *“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”*.<sup>24</sup>

Creo que de la simple lectura de este precepto podemos concluir que es evidente que no podríamos entrar a valorar la negativa de los tribunales españoles a la inscripción de la filiación a favor de una pareja que ha recurrido a la gestación subrogada en base a este artículo 7.3 LTRHA. El motivo es que en ambos casos se parte de supuestos de hecho muy diferentes entre sí que, por tanto, requieren y de ellos resultan distintas regulaciones. El artículo 7.3 LTRHA nace, como ya habíamos visto, de una Ley 3/2007, de 15 de marzo, que no busca otra cosa más que subsanar la primera redacción de la LTRHA que únicamente preveía la posibilidad de reconocimiento de la filiación concurrente por parte del hombre (mediase matrimonio o no) pareja de la madre que se somete a las técnicas de reproducción recogidas por la norma en cuestión (con consentimiento del primero). Así, con el artículo 7.3 LTRHA se logra un importante avance en cuestión de igualdad de sexo y orientación sexual puesto que se permite también a la mujer casada con la madre que se somete a las técnicas de reproducción previstas manifestar su consentimiento previo al nacimiento del así concebido para que una vez nacido se reconozca la filiación a su favor de forma paralela a la de la madre gestante.

Decimos que este precepto responde a un supuesto de hecho completamente diferente al que origina la problemática del caso que estudiamos en el presente trabajo porque mientras que en los arts. 7.1 y 3 LTRHA hay una mujer gestante que se somete a las técnicas de reproducción asistida contempladas en la misma ley y que una vez da a luz va a ser reconocida como madre del menor nacido de forma paralela al reconocimiento de

---

<sup>24</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, art. 7.3.

filiación que en su favor pudiese solicitar su pareja (hombre o mujer, aunque siguiendo diferentes requisitos como ya vimos), en el caso de la pareja valenciana tenemos a una mujer gestante que en el momento en que da a luz su figura se ausenta, ya que ni siquiera consta en una primera inscripción del nacimiento como ocurriría en nuestro país con la adopción y que además se está sometiendo a una técnica reproductiva nula a la luz de la misma ley<sup>25</sup>. En los casos de gestación por sustitución se omitiría en todo momento la identidad de la madre gestante, algo que en el ordenamiento jurídico español no tendría cabida de ninguna forma ya que aún cuando medie una adopción siempre va a tener que constar dicha identificación aunque ésta se oculte al público posteriormente.

Podría llegar a argumentarse que sí existe cierta discriminación ya que en las líneas superiores se prevé la posibilidad del reconocimiento de la filiación a favor de una pareja heterosexual formada por una mujer y un hombre así como también sería posible el reconocimiento de la filiación a favor de una pareja homosexual formada por dos mujeres. Para explicar la cuestión de las parejas homosexuales en esta situación es necesario estudiar el principio que rige y asienta las bases de la normativa para la determinación de la filiación materna: el alumbramiento. Cabe recalcar a este punto una afirmación significativa para entender este encuadre y es que *'la filiación materna se construye sobre la verdad biológica pero no en el sentido de verdad genética, sino sobre la verdad gestacional'*<sup>26</sup>. Por tanto, la mujer gestante que da a luz es la que de acuerdo a las normas españolas en materia de filiación va a ser reconocida como madre, sería totalmente intrascendente en este sentido que hubiese sido otra mujer la que hubiese aportado el material genético (sus óvulos) para que esa gestación pudiese llegar a desarrollarse ya que el legislador español pone toda la relevancia de la maternidad en el acto del embarazo y el posterior alumbramiento, no en la verdad genética que pueda existir detrás de ello. De ahí que como dicen en sus decisiones la mayoría de los jueces y magistrados para el caso concreto que tratamos es materialmente imposible, a partir de los medios con los que contamos en la actualidad, plantear tan siquiera la posibilidad de que uno de los dos hombres solicitantes haya dado a luz a los menores sobre los cuales se pretende la paternidad. Al no poder darse ese supuesto de hecho, el del alumbramiento, en las parejas

---

<sup>25</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, art. 10.1.

<sup>26</sup> HUALDE MANSO, T., 'De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada. Comentarios a la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011', *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, 2012, pp. 38-39.

homosexuales formadas por hombres en ningún caso será posible acudir a las previsiones para la determinación de la paternidad recogidas en la LTRHA ya que hace falta el requisito principal (biológicamente imposible): la mujer gestante que se somete a técnicas de reproducción asistida. La única forma para que una pareja formada por dos hombres pudiesen ser padres (omitiendo la institución de la adopción), a día de hoy, es a través del contrato de gestación subrogada que algunos países permiten pero que en España quedaría sometido a la aplicación del artículo 10.2 LTRHA. Esta norma, cuyo desarrollo se fundamenta en el principio del alumbramiento, prevé que la nulidad del contrato conllevará a su vez la determinación de la filiación de los menores en base al parto, es decir, sería la madre gestante la reconocida como madre en nuestro ordenamiento, con la salvedad de que el hombre que haya aportado su material genético para la concepción pueda acudir a la acción de reclamación de la paternidad conforme al artículo 10.3 LTRHA<sup>27</sup>. Esto quiere decir que en ningún caso podrá reconocerse a los dos varones de una pareja homosexual como padres biológicos de un menor, pero esta respuesta normativa no es distinta a la ofrecida para el supuesto de que sea una pareja heterosexual o una formada por dos mujeres la que accediese a la gestación por sustitución.

El ordenamiento jurídico español ofrecería la misma respuesta en todos estos casos. La normativa contenida en la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida no toma en cuenta para el desarrollo de la prohibición quiénes son los sujetos que ejecutarán el contrato de gestación por sustitución sino que su fundamento está en la técnica de reproducción que se está utilizando para concebir a los menores, una técnica que es interpretada por el legislador como incompatible a los principios y valores capitales que inspiran nuestro ordenamiento jurídico. Esa es la razón para que sean dos mujeres las que accedan a este método de gestación, dos hombres o una pareja heterosexual el efecto de esta actuación es el mismo en todos los casos: nulidad del contrato y determinación de la filiación en base al parto, como ya hemos explicado anteriormente. La única diferencia es que en el caso de que fuesen dos mujeres las contratantes ni siquiera podrían optar a la acción de reclamación de la maternidad biológica como sí se reconoce para la paternidad en el artículo 10.3 LTRHA ya que como antes veíamos aunque una de las mujeres de la

---

<sup>27</sup> Sí que es posible entonces que el contrato de gestación subrogada produzca efectos para las partes en España incluso con la nulidad prevista en el art. 10.1 LTRHA.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, 2014, p. 4.

pareja aportase sus gametos para la fecundación este hecho no tendría ningún efecto puesto que la maternidad biológica es únicamente reconocida a través del alumbramiento. La opción del artículo 10.3 LTRHA quedaría reducida a los supuestos de parejas homosexuales masculinas con aportación genética de uno de los miembros o para la pareja heterosexual. Sin embargo, los apartados primero y segundo del mismo precepto (regulación española básica en materia de gestación por sustitución) son de aplicación para cualquier persona que acceda a esta modalidad de concepción independientemente de su sexo, sin distinción.

En conclusión, según lo analizado en este epígrafe, entendemos que la Dirección General de los Registros y del Notariado cae en una gran confusión en la primera resolución que emite a 18 de febrero de 2009 cuando articula la garantía del derecho a la igualdad como uno de los argumentos claves para sostener su postura a favor del reconocimiento de la filiación de los menores gestados y nacidos por gestación subrogada, concibiendo la postura contraria al reconocimiento como discriminatoria, en base todo ello al artículo 7.3 de la Ley 14/2006. Consideramos esta perspectiva errónea ya que no deberíamos referirnos a supuestos de hechos diferentes, con regulaciones por tanto también diferentes, para argumentar una discriminación de cualquier clase puesto que no partimos de los mismos estándares. Es más, como hemos visto, la normativa vigente ofrece el mismo resultado en todo caso para un mismo supuesto de hecho: la gestación por sustitución.

Así lo entienden y avalan diversos autores, estando entre ellos incluso CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, los cuales sin embargo atienden a ese conflictivo artículo 7.3 LTRHA para defender un criterio diferente y que veremos más adelante en relación a la compatibilidad entre el reconocimiento de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y el orden público español<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la dirección general de los registros y del notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, p. 311.

## 4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Puede considerarse, al respecto del reconocimiento de la filiación de los nacidos a través de gestación por sustitución, que el artículo 10.1 LTRHA, interpretado por parte de la jurisprudencia como una “*norma de policía*”<sup>29</sup>, y en definitiva el orden público internacional español<sup>30</sup> entra de lleno en conflicto con el denominado interés superior del menor. Esta colisión y la formulación dinámica de ambos principios será objeto de discrepancias tanto en la doctrina como entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y la jurisprudencia española.

El principio del interés superior del menor aparece por primera vez consagrado en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, en cuyo segundo fundamento se preveía la necesidad de que la ley y cualquier otro medio del que dispusiesen los estados garantizara la protección del menor de edad así como su acceso a las pertinentes oportunidades y servicios. La consecución de esta garantía a nivel internacional estaría orientada a tutelar el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social del niño siempre en circunstancias que favorezcan su salud, así como su libertad y dignidad. Se considera fundamental que en el proceso de creación legislativa se tenga siempre en cuenta el interés superior del menor para lograr estos fines.

El espíritu de este principio se vio reflejado en multitud de Convenios y Tratados internacionales y comunitarios suscritos válidamente por España, entre los que podemos mencionar ejemplificativamente los siguientes: Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, ratificado por nuestro país en 1979 y en cuyo artículo octavo se articula el derecho a la vida privada y familiar;

---

<sup>29</sup> La SAP de Valencia núm. 826/2011 de 23 de noviembre considera, en su fundamento jurídico segundo, que el precepto citado (art. 10 LTRHA) debe interpretarse como una norma de policía en virtud de lo expuesto por el art. 9.1 del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. La SAP argumenta que, siguiendo las exigencias del precepto europeo, la aplicación del art. 10 LTRHA para resolver estas cuestiones constituye un modo esencial de salvaguardar los intereses públicos españoles, entendidos estos como su organización política, social y económica. La consideración de norma policía o imperativa le confiere a este precepto la “hegemonía” a la hora de ser aplicado en todo supuesto comprendida dentro de su ámbito ya sea este nacional o internacional siempre que se suscite ante los tribunales españoles.

<sup>30</sup> Metodológicamente la STS 835/2013 resuelve estimando que la problemática no puede ser despachada desde la aplicación directa del art. 10 LTRHA sino que existe la necesidad de hacer un análisis del fondo de la cuestión a partir del conflicto que se crea entre el reconocimiento de la filiación y el orden público internacional español. Pero el TS también estima que este orden público está conformado por la LTRHA y en concreto por dicho art. 10.



Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores de 1980, ratificado por España cuatro años más tarde; la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 o la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo en 1992. Pero, más en concreto, parece de suma importancia destacar el contenido del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, norma adoptada en el seno de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. En dicho precepto se configura un mandato directo a todas las instituciones, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos que pudiesen, en el ejercicio de su tarea, decidir sobre la adopción de medidas concernientes a la vida de los menores, para que esa toma de decisiones responda siempre al denominado Interés Superior del Menor. Esta manifestación implica que los derechos del menor primarán sobre otros intereses y derechos, aún siendo estos últimos legítimos, debido a la especial custodia que estos requieren y la superioridad que este principio les confiere.

Pero además, el legislador nacional ha reconocido como imperante este principio y así lo ha demostrado en el desarrollo normativo de multitud de leyes internas. Partiendo de un orden jerárquico encontramos en nuestra Carta Magna un precepto en especial, el artículo 39 CE, que se alza como principio rector de la política social y económica española y que reviste de máxima protección a la institución de la familia y en particular a los hijos menores de edad. En el apartado segundo de este artículo se establece que *“los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos”*<sup>31</sup>, el apartado tercero se dirige a los padres para fijar hacia estos una obligación de asistencia con sus hijos menores de edad (o en otras situaciones establecidas por ley como pudiese ser, por ejemplo, respecto al incapaz) y el último reviste de vital importancia a los acuerdos internacionales que en su entramado custodian los derechos de los menores (como los enumerados anteriormente) ya que ordena su acogimiento por las leyes estatales.

Junto a lo anterior, nuestro Código Civil hace referencia explícita e implícita al interés superior del menor cuando construye los mecanismos de resolución de diferentes situaciones problemáticas en las que los derechos e intereses de los menores de edad

---

<sup>31</sup> Constitución Española, 1978, art. 39.2.

pueden verse involucrados y comprometidos. Por ejemplo respecto a las crisis matrimoniales<sup>32</sup>, en materia de nacionalidad<sup>33</sup> o la adopción<sup>34</sup>, entre otros supuestos.

Además, en 1996 entró en vigor la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor la cual dedica su capítulo primero a la concreción del interés superior del menor. El contenido del artículo 2 de esta ley viene a recordar al artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que ya hemos mencionado, puesto que de forma similar, constituye una obligación hacia las instituciones, tribunales y órganos legislativos del Estado español para que actúen en sus decisiones anteponiendo el interés superior del menor a cualquier otro interés legítimo que pudiese confluir. Para este precepto, el denominado “*favor minoris*” debe considerarse “*primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan (al menor), tanto en el ámbito público como privado*”<sup>35</sup>.

Una vez revisado el encuadre del interés superior del menor en nuestro ordenamiento jurídico se puede apreciar que realmente es un principio que tiene verdadera incidencia y anclaje en éste. De estas disposiciones se advierte que el interés superior del menor no se configura como un mero principio general o informador del Derecho español sino que conforma un principio constitucional básico así como un vínculo directo hacia el desarrollo de los poderes públicos.

---

<sup>32</sup> Nuestro CC recoge ciertas medidas encaminadas a la protección de los menores cuando se da una crisis matrimonial entre los progenitores. Así, en el art. 90.1. a) y b) estipula la obligación de que en la formulación del convenio regulador de la disolución del matrimonio conste además de las características del ejercicio de la patria potestad, el régimen de comunicación y estancia del menor con el cónyuge con el que no conviva de forma habitual y de igual forma, en caso de considerarse necesario, el régimen de visitas y comunicación con los abuelos siempre teniendo en cuenta el interés de los niños. Otro precepto que, en relación a esta materia, tiene presente el interés superior del menor es el art. 92.4 CC que establece que el Juez podrá decidir, en virtud del interés del hijo, la modalidad del ejercicio de la patria potestad a favor de los progenitores en la separación, la nulidad o el divorcio. Otros preceptos relevantes serían el art. 92.8, 94.2 y 103.1.ª CC.

<sup>33</sup> El art. 20.2.a) CC que establece que la persona legitimada para ejercitar la declaración de opción a favor de un menor de 14 años es su representante legal pero siempre mediando la autorización del encargado del RC previo dictamen del MF. Esta autorización deberá basarse en el interés del menor o incapaz.

<sup>34</sup> La resolución judicial que resuelve sobre un proceso de adopción queda sujeta al imperativo legal que desarrolla el art. 176.1 CC, el cual condiciona dicha decisión al interés superior del menor. El art. 180.2 CC también vincula la decisión del juez sobre la extinción de la adopción al interés del menor adoptado, siempre y cuando no se le cause un perjuicio importante.

<sup>35</sup> LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, art. 2.

Ahora bien, el interés superior del menor es considerado un concepto jurídico indeterminado, lo cual quiere decir que no se encuentra definido y limitado en ningún texto legal sino que debe de ser interpretado a la luz del caso concreto en el momento en que su aplicación se presente necesaria. Por tanto la persona encargada de precisar el contenido de este principio que ha quedado conscientemente desdibujado por el legislador, será el juez o magistrado en su toma de decisión<sup>36</sup>. Esta voluntad del legislador de dotar de susceptibilidad de concreción al principio encaja con el enfoque que de éste hace parte de la doctrina<sup>37</sup> y algunos magistrados del Tribunal Supremo<sup>38</sup>, quienes entienden que el interés superior del menor no supone referirse a algo completamente indeterminado sino que existe la necesidad de individualizar a la persona sobre cuya vida o circunstancias personales se está decidiendo. No sería lo apropiado, según este razonamiento, buscar el interés de los menores, como un colectivo o un conjunto de personas uniformado, sino que se debería tender a ahondar en las características particulares del menor implicado en el caso para poder darles respuesta de la forma más individualizada posible y, por aquello, beneficiosa.

Pero esta flexibilidad y dinamismo del principio conlleva que se produzcan ciertas ventajas, como son las descritas hasta el momento, la capacidad de que el interés del menor sea concretado en el caso específico, pero también hace que se puedan derivar algunos resultados indeseados. Estos últimos efectos negativos estarían provocados por el papel tan relevante que toma entonces la subjetividad de aquel que es encargado de estudiar el supuesto concreto, el amplio margen de apreciación a este punto podría acarrear una “indeseable inseguridad jurídica”<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Así lo expresa el propio TS en su sentencia núm. 835/2013, fundamento de derecho quinto.

<sup>37</sup> CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, p. 83.  
ROURA GÓMEZ, S. (14 de julio de 2014). Gestación subrogada y derechos del menor. El País. Recuperado de [https://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314\\_085333.html](https://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html).

<sup>38</sup> Entre ellos destaca el Magistrado José Antonio Seijas, quien formuló el voto particular a la STS 835/2013 y el Auto de 2 febrero de 2015 emitido por el mismo Tribunal, apoyando la inscripción de nacimiento y filiación de los menores nacidos por gestación por sustitución en el extranjero y oponiéndose por tanto a la decisión tomada por la Sala I del TS por la que se desestima el recurso de casación contra la SAP núm. 826/2011, de 23 de noviembre.

<sup>39</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J., “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, 2013, p. 3.

La doctrina mayoritaria, delimitando el contenido del interés superior del menor, establece un extremo al posible “peligro” que comporta la aplicación de la subjetividad del intérprete. Para la gran parte de la doctrina española el respeto y observancia de este criterio no supone otra cosa más que la protección y garantía de los derechos que la Constitución Española alberga como fundamentales pero en este caso hacia los menores de edad. Los menores de edad son titulares de los derechos fundamentales que ampara nuestra Constitución puesto que dicha titularidad se les presupone a todas las personas por el hecho de tener reconocida su personalidad jurídica (a partir del momento del nacimiento). Algo diferente en el caso de los menores de edad es su capacidad para asegurar que estos derechos fundamentales sean respetados ya que debido a las limitaciones propias de su edad no se puede asimilar ni equiparar esta a la capacidad que tendría un adulto para hacer valer sus derechos fundamentales. Es precisamente por este motivo por el que surge este principio, que hará que las autoridades tengan el deber de velar por la efectividad de los derechos fundamentales de los que son titulares los menores de edad implicados en una causa concreta, es por ello por lo que se le reviste de esa “supremacía” explícita en su denominación.

Aún con estos acercamientos, el interés superior del menor queda sumido en la imprecisión que conlleva haber sido creado bajo el modelo de cláusula general<sup>40</sup>. De ahí que el Tribunal Supremo, en la sentencia 835/2013 lo definiese como un “*concepto esencialmente controvertido*” puesto que entiende que no existe un criterio unificado que impere en la sociedad y que haga de su interpretación una tarea unánime. Más cuando el criterio del interés superior del menor debe de ser aplicado en un supuesto fruto de gestación subrogada, ya que se suman más factores éticos, morales o sensibilidades opuestas.

Dado que en un supuesto en el que se trata de decidir sobre la validez de una inscripción registral de nacimiento y filiación de un menor de edad entran en juego de lleno los derechos fundamentales e intereses del mismo, no cabe otra forma de abordarlo más que desde la perspectiva del criterio que estudiamos y que le confiere a dichos derechos e intereses la superioridad frente a otros intereses legítimos.

---

<sup>40</sup> DE TORRES PEREA, J.M., “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, 2016, p. 2.

La designación del interés superior del menor como concepto controvertido realizada por el Tribunal Supremo no es trivial ni mucho menos casual sino que se hace en un intento de argumentar la discrepancia surgida respecto a la valoración de esta cláusula entre parte de la sociedad, la jurisprudencia y la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tenemos que volver, a este punto, al caso objeto de estudio en el que el matrimonio valenciano accede a la gestación por sustitución en Estados Unidos pero su intento de inscripción registral del nacimiento y filiación (a su favor) de los menores nacidos se ve frustrado por la resolución judicial emitida por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia núm. 193/2010 de 15 de septiembre. Dicha resolución judicial resolverá la demanda del Ministerio Fiscal contra la Resolución de la D.G.R.N. de 18 de febrero de 2009 que ya en ese primer momento introducía la relevancia del interés superior del menor a la hora de decidir sobre la cuestión de inscripción de los menores.

En esta primera Resolución se citan como fuentes inspiradoras algunas de las que mencionamos al inicio como fundamento del principio del interés superior del menor, entre ellas, el artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 o el artículo 39 CE. Estas disposiciones llevan a la D.G.R.N. a ordenar la inscripción de los menores basándose en tres causas: la privación de inscripción en el Registro Civil Español identificada como una vulneración al artículo 3 de la Convención, la necesidad de dotar al menor de una “identidad única” y la creencia de que los comitentes comportan la mejor opción para el cuidado y protección de los derechos de los menores puesto que son estos quienes han deseado y buscado su nacimiento. Todos estos argumentos responden a lo que la D.G.R.N. extrae del concepto del interés superior del menor en su interpretación del caso concreto.

Estos se convierten en los razonamientos aportados por la pareja recurrente en sus alegaciones con el fin de que se confirme la Resolución de la D.G.R.N. y se reconozca la filiación a su favor. Así, los padres intencionales o comitentes manifiestan que esta sería la solución más beneficiosa para los niños y por tanto la que mejor se ajusta al criterio del interés superior del menor puesto que alegan ser los mejores padres que los nacidos

podrían tener ya que son ellos los interesados en los menores, en contraste con la madre biológica que rechazó su filiación<sup>41</sup>.

La valoración de la D.G.R.N. y de los comitentes del contrato coinciden y se manifiestan contradictorias al discernimiento de la jurisprudencia. Tanto el Juzgado de 1ª Instancia como la Audiencia Provincial de Valencia no comprenden el “*favor minoris*” como un principio ilimitado sino como un criterio que aunque deba ser apreciado en todo caso en que concurra un menor puede, sin embargo, colisionar con otros derechos, principios, intereses e incluso preceptos legales surgiendo así la necesidad de elaborar una ponderación entre ellos. Éste es el argumento seguido también por el Tribunal Supremo<sup>42</sup> a la hora de reflexionar sobre el conflicto entre el interés del menor en los términos de la D.G.R.N. y de los recurrentes (reconocimiento de la filiación) y el precepto legal que fija la nulidad de este tipo de contratos y reenvía al criterio del parto para el reconocimiento de la maternidad.

En este sentido, el Tribunal Supremo decide en su resolución que la cláusula general del interés superior del menor no puede alzarse por encima de un precepto legal tan explícito y rotundo como es el artículo 10 LTRHA. Si se impondrá este principio a la hora de perfilar e interpretar normas o colmar las lagunas legislativas que pudiesen aparecer en su aplicación pero se prevé una desvinculación del juez al sistema de fuentes y, en concreto, al imperio de la ley si éste se valiese del principio del interés superior del menor para contrariar la norma vigente en la materia. El Tribunal considera que la labor que de él se pretende se extralimita de su competencia y corresponde al legislador. Por otra parte, la Sala I del TS repara en otros bienes jurídicos que entrarían en conflicto en el supuesto de gestación subrogada y que conviene tenerlos en cuenta a la hora de estudiar la aplicación del interés superior del menor nacido: los derechos fundamentales de la mujer que se ofrece a gestar<sup>43</sup> y la percepción del menor como un “*objeto del tráfico*”

---

<sup>41</sup> Recordemos que el ordenamiento jurídico español y en concreto el art. 10 LTRHA determinan una respuesta clara a la situación y consiste, precisamente, en que la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada se le reconozca a la mujer que ha dado a luz.

<sup>42</sup> En su STS de 6 de febrero de 2014.

<sup>43</sup> Se trata de proteger derechos fundamentales de la mujer como su dignidad e integridad moral, los cuales pueden quedar en peligro en los procesos de gestación subrogada. Pensemos en mujeres con pocos recursos económicos y en entornos que pongan en riesgo su autonomía de la voluntad o en la mercantilización del cuerpo y las capacidades reproductivas femeninas que supone esta práctica.

APARISI MIRALLES, Á., “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, 2017, p. 168-172.

*mercantil*” en palabras del TS. Para resolver estos conflictos el Tribunal va a efectuar las correspondientes ponderaciones.

El interés de los menores nacidos en Estados Unidos a través del contrato de gestación por sustitución se materializa, de acuerdo al criterio del Tribunal Supremo, en tres grandes grandes cuestiones: derecho a la identidad única, respeto a la vida privada y familiar y la posible desprotección en la que quedarían los menores en caso de denegárseles la inscripción en el Registro Civil español. En relación al derecho de los menores a contar con una identidad única que no cambie según se superan las fronteras estatales, el Tribunal decide que teniendo en cuenta la desvinculación de estos con el país de origen (en donde la inscripción de filiación reconoce la paternidad de los comitentes) no supondría un verdadero riesgo de vulnerar esa identidad única, algo distinto sería que los menores hiciesen vida entre los dos países y en cada uno contasen con una identidad registral diferente. Por otro lado, en cuanto al respeto a la vida privada y familiar de los niños así como de la posible situación de desprotección que alegan los recurrentes, la jurisprudencia coincide en puntualizar que los riesgos serían únicamente transitorios<sup>44</sup> y el ordenamiento jurídico habilita las medidas oportunas para que estos sean mínimos. De esta forma, se considera que la solución a la posible situación de desamparo que provoca el no reconocimiento de la decisión extranjera debe buscarse dentro de las normas y leyes estatales sin que quepa considerarse como única opción garante del interés superior del menor la ofrecida por las autoridades californianas.

Esas soluciones o alternativas que se proponen en nuestro ordenamiento jurídico y que tendrían cabida en este tipo de supuestos según la interpretación jurisprudencial son la fijación de la filiación biológica paterna<sup>45</sup> y la adopción (o figuras similares como el acogimiento familiar). Estos mecanismos permitirían salvaguardar el interés del menor de la misma forma que si se reconociese la filiación como “hijos naturales” de los comitentes ya que en España los efectos legales para la adopción, desde el punto de vista de la situación jurídica del menor, son exactamente los mismos<sup>46</sup>. Es importante subrayar la necesidad de que en el momento de determinar la filiación de los nacidos, en caso de

---

<sup>44</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J., “Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, 2015, p. 5.

<sup>45</sup> El art. 10.3 LTRHA guarda la posibilidad de que el padre biológico (pudiendo ser este comitente en el contrato de gestación subrogada) ejercite la acción de reclamación de la paternidad.

<sup>46</sup> Art. 108 CC.

que ninguno de los comitentes sea padre biológico, las autoridades españolas deben valorar con preferencia a los padres intencionales que accedieron a la gestación subrogada atendiendo al interés superior del menor<sup>47</sup>. Autores como VELA SÁNCHEZ<sup>48</sup> y DE VERDA Y BEAMONTE<sup>49</sup> han manifestado su opinión contraria al reconocimiento por parte de la jurisprudencia de la adopción como una solución o alternativa a la situación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación subrogada. Estos autores argumentan que la apertura de la jurisprudencia a esta opción podría consagrar un verdadero fraude de ley puesto que llega a conseguirse por parte de los comitentes un resultado similar al que se daría de reconocerse válido el contrato que origina dicha situación. Sin embargo, otra parte de la doctrina, entiende que no existe consecución de un fin prohibido por la ley española cuando se efectúa la adopción y por tanto falla el presupuesto material para considerarlo un fraude de ley<sup>50</sup>.

Podrían surgir ciertos perjuicios para el menor en tanto que estas acciones encaminadas al reconocimiento de la filiación no fuesen ejercitadas, el periodo transitorio hasta ese momento podría dejar cuestiones pendientes como la carencia de nacionalidad española o la privación de derechos sucesorios. Con el propósito de salvar estos riesgos el Tribunal Supremo determina que la denegación de la inscripción en los términos solicitados por los padres intencionales solo debe afectar a la filiación reconocida en Estados Unidos y en ningún caso al resto del contenido como sería el nombre o la nacionalidad. Por otro lado, para avivar los trámites de reconocimiento de filiación y así limitar el periodo transitorio de incertidumbre, el Tribunal insta al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones pertinentes para la determinación de la filiación de los menores y activa las medidas para que en ese tiempo impere el criterio de protección de la “*unidad familiar de facto*” (formada por los comitentes y los menores).

---

<sup>47</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, 2014, p.8.

<sup>48</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la D.G.R.N. de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, 2011, p. 4.

<sup>49</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010”, *Diario La Ley*, 2010, p. 15.

<sup>50</sup> BATUECAS CALETRÍO, A., “L’Iscrizione della nascita...”, op., cit., p. 1172.



Parte de la doctrina manifiesta su descontento con el criterio y la decisión jurisprudencial a la hora de valorar el interés de los menores afectados en una situación como la presente ya que sostienen que los tribunales españoles minimizan la superioridad de dicho interés reconocida, como veíamos, en numerosos textos legislativos con aplicación en nuestro país. Bajo mi opinión personal, la jurisprudencia ha priorizado en su veredicto, como es su deber, el interés de los menores implicados en el asunto, sin embargo, no ha tratado de aplicar esta cláusula de forma inmediata con carácter absoluto o ilimitado puesto que tampoco es esta la naturaleza del principio. A través de una necesaria ponderación ha abordado el conflicto de derechos e intereses que confluyen en un caso de gestación subrogada (algo que el matrimonio recurrente, la primera Resolución de la D.G.R.N. y parte de la doctrina olvida en sus valoraciones) y ha indagado para encontrar la solución más beneficiosa para los menores dentro de las posibilidades que ofrece nuestro actual marco normativo español, sin excederse así de las competencias y el cometido que le es propio a la Administración de Justicia. La observancia a la superioridad del interés del menor se aprecia en la protección que del núcleo familiar constituido *de facto* se solicita al Ministerio Fiscal, ya que si la respuesta de los tribunales hubiese sido inflexible e insubordinada al principio se podría haber optado por la aplicación directa del artículo 10.2 LTRHA. No hay que olvidar que el interés de los comitentes no tiene porqué coincidir con el de los nacidos y por ello las respuestas a ambos intereses, en el respeto al “*favor minoris*”, no tienen porqué asimilarse.

## 5. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ESPAÑOL

A raíz de analizar la perspectiva de la jurisprudencia española y más en concreto del Pleno de la Sala I del Tribunal Supremo, en cuanto al reconocimiento de decisiones extranjeras, advertimos el papel trascendental que el principio del orden público internacional español iba a ocupar en esta materia.

La entidad y posterior repercusión que atañe a este concepto propio del Derecho Internacional privado surge de la consideración metodológica que el Tribunal Supremo elige para tratar el litigio planteado a propósito de las filiaciones establecidas en el extranjero como resultado de un contrato de gestación por sustitución: el método del reconocimiento, que “triunfa” frente a la tesis que proponía aplicar el conflicto de leyes. Aceptar este mecanismo supone también admitir que existe ya una filiación acreditada por una autoridad extranjera que no necesita por tanto de una posterior confirmación bajo la aplicación de las leyes sustantivas españolas, ahora bien, se hace imprescindible la decisión sobre los efectos que la certificación va a desplegar dentro de nuestras fronteras. Partiendo de esta metodología, como ya hemos visto, el Tribunal Supremo propone el artículo 23 LRC como requisito a satisfacer por el contenido de la decisión extranjera para que éste sea objeto de reconocimiento y extender sus efectos en el Estado español. Pero ha sido también este Tribunal quien ha tenido que perfilar lo que a este fin el precepto legal debería significar con la expresión “*legalidad conforme a la Ley española*”. Exige entender este enunciado no solo como una necesaria corrección de carácter formal sino que los asientos extendidos por la autoridad registral extranjera (en este caso, relativos al nacimiento y filiación de los menores) deberán respetar el Orden Público Internacional Español. Una noción que la propia STS 835/2013, de 6 de febrero, define como “*sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan*”.

Con la elección del método del reconocimiento de decisiones extranjeras y esta respuesta a la adecuada interpretación del artículo 23 LRC se logra satisfacer a parte de

la doctrina<sup>51</sup> ya que evita que la similitud entre ambas legislaciones (foránea y nacional) deba de ser absoluta, lo que haría que el reconocimiento de decisiones emitidas por autoridades extranjeras fuese prácticamente inviable.

El orden público dentro de este ámbito en el que se producen situaciones jurídicas en el extranjero cuyos efectos pretenden ser extendidos a la realidad de otro Estado funciona como un límite a la aplicación inmediata de la ley foránea. Ese límite supone una excepción en el caso de que dicha situación haya sido planteada o resuelta por una norma que no tiene encaje en el Estado del foro por contravenir los principios y valores considerados fundamentales en este último. Podemos abordar este término como una salvaguarda y garantía para evitar graves incongruencias en el ordenamiento jurídico del Estado receptor.

El principio del orden público tiene un doble sentido: absoluto y excepcional. Con la condición de absoluto nos referimos a la redacción del artículo 12.3 CC, en la cual el legislador ha vedado de forma tajante la aplicación de la ley extranjera siempre que esta resulte contraria al orden público español; así lo hace entender con la expresión “*en ningún caso*”. Pero, por otro lado, también debe interpretarse como una medida excepcional que será de utilidad “*con sentido restrictivo, frente a casos de manifiesta injusticia, de grave perturbación, de indispensable defensa, de incompatibilidad manifiesta*”<sup>52</sup>

Esta excepcionalidad se hace difícil de concretar cuando hablamos del orden público como concepto jurídico indeterminado cuyo contenido, al igual que lo que ocurría con la

---

<sup>51</sup> ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.A., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de Orden Público Internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, p. 7.

CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, p. 54.

En estos trabajos los autores atribuyen a las tesis que defendían la respuesta del conflicto de leyes, la aplicación inmediata del derecho sustantivo español o el art.10 LTRHA como norma imperativa, un carácter “legeforista”, que convertiría el derecho español en una herramienta rígida e inflexible ante situaciones acaecidas en el ámbito internacional.

Las tesis cuestionadas fueron planteadas por otros autores como LASARTE ÁLVAREZ. LASARTE ÁLVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, 2012, p. 5.

<sup>52</sup> AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Internacional Privado. Vol. I. Tomo II. Parte Segunda*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1975, p. 217.

cláusula general del interés superior del menor, quedará delimitado por el intérprete a la hora de su aplicación en el caso concreto, ya que no contamos con una definición expresa en nuestra legislación ni tampoco una que sea aceptada de forma unánime por la doctrina. De ahí que se diga que la apreciación del artículo 12.3 CC y por tanto del principio del orden público implique dos procesos<sup>53</sup>: en primer lugar es necesario precisar el contenido de ese denominado orden público español, para una vez acotado el término se pueda pasar ya a hacer el correspondiente análisis que decidirá si la decisión extranjera es compatible con el orden público imperante en nuestro país y por tanto si puede desplegar efectos en este.

Por este motivo, el orden público es una noción flexible y dinámica que se va modulando a lo largo del tiempo para adaptarse a la realidad y los valores vigentes en la sociedad a través de la labor jurisprudencial. El orden público de un país estará formado por los principios básicos del orden jurídico, aquellos que sirven de inspiración a la hora de elaborar la legislación del estado del foro, y no tanto por las reglas sustantivas que se logran a partir de dichos principios y valores. En palabras de Andreas Bucher *“Le rôle primaire de la clause d’ordre public consiste en la sauvegarde des valeurs essentielles de justice, qui sont à la base de l’ordre juridique. Ces valeurs sont consacrées dans des principes sur lesquels repose la loi interne de l’Etat du for. Les règles de droit interne offrent, certes, l’expression normative des principes fondamentaux du droit du for, mais elles ne fixent pas nécessairement, en tant que telles, le seuil d’incompatibilité à l’égard de l’application des lois étrangères. Ce seuil n’est souvent pas représenté, en effet, par les règles, de fond, de forme et de procédure, par lesquelles l’Etat du for met en oeuvre les principes essentiels de son ordre juridique : l’ordre public est limité aux principes.”*<sup>54</sup>.

El Tribunal Supremo, que será el encargado en este caso de resolver esta doble problemática, realiza, como ya hemos mencionado, una primera interpretación bastante amplia del concepto del orden público para después concretarla en un conjunto de derechos constitucionales recogidos en el Título I de la misma. Todos estos derechos

---

<sup>53</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Orden Público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Edersa, Jaén, 1995, p. 901.

<sup>54</sup> BUCHER, A., “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *Recueil des Cours. Collected courses of the hague academy of international law. Tomo 239*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 26.

estarán relacionados con la protección de la institución familiar y orientadores de las relaciones paterno-filiales. En definitiva, el orden público que en este caso funcionará como límite al reconocimiento de la decisión registral sobre la filiación de los menores estará integrado por: el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), el mandato a los poderes públicos de protección de la familia, la protección a los hijos con independencia de su filiación<sup>55</sup> y de las madres indistintamente de cuál sea su estado civil (art. 39 CE), el derecho a la integridad física y moral (art.15 CE) y el derecho al respeto de la dignidad de la persona recogido en el artículo 10.1 CE.

Pero además de estos derechos fundamentales y principios recogidos en nuestra Carta Magna, el Tribunal Supremo dedujo la necesidad de que el artículo 10 LTRHA integrase de igual forma el orden público español para este caso por la materia que entraña. El porqué nada tiene que ver con la naturaleza no biológica de la filiación pretendida, como alegarían los cónyuges comitentes, ya que como es sabido, en España se permite la declaración de filiación en virtud de otros vínculos como ocurriría en el caso de la adopción<sup>56</sup> o de la filiación a favor de los cónyuges o convivientes de la mujer que da a luz a partir de procedimientos de reproducción asistida<sup>57</sup>.

Sin embargo, el Tribunal ahonda en lo que el artículo 10 LTRHA implica para los principios básicos del orden público. En este sentido se parte de una serie de peligros o preocupaciones que el legislador pudiese haber previsto a la hora de elaborar el precepto señalado. El TS afirma que existen ciertos riesgos e inseguridades que rodean en ocasiones a la adopción y las técnicas de reproducción asistida (en este caso a la gestación

---

<sup>55</sup> En el estudio del interés superior del menor veíamos cómo el art. 39 CE, como principio rector de la política social y económica de nuestro país, se alzaba como uno de los preceptos básicos en nuestro ordenamiento jurídico para el reconocimiento de este principio dentro de nuestra legislación interna. El orden público está integrado también por ese principio protector del menor de edad.

<sup>56</sup> La filiación adoptiva está recogida en el ordenamiento jurídico español con plena equivalencia en sus efectos a la filiación biológica. Así se acredita de la lectura del art. 108 CC.

<sup>57</sup> El consentimiento formal, previo y expreso prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer en cuanto al sometimiento de esta a técnicas de reproducción asistida (con donante o donantes de gametos) se reconoce en la LTRHA (art. 8) como el presupuesto necesario para la atribución de la paternidad del nacido a favor de este. En cierta manera esta norma tendría sentido en relación a la determinación de la filiación a favor de la pareja que no sea cónyuge, ya que al cónyuge goza de la presunción de paternidad del art. 116 CC. Además, como ya hemos visto con motivo del estudio del argumento discriminatorio hacia las parejas homosexuales, la LTRHA ha desarrollado su contenido *a posteriori* y en base a la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para que las mujeres casadas con la madre que se sometió a tratamiento de reproducción asistida puedan asimismo beneficiarse, habiendo mediado consentimiento, de la determinación de filiación a su favor.

por sustitución en el plano internacional) y que supondrían la incompatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico así como una amenaza a los valores y principios básicos sustento del orden público del foro, que sería España. La mercantilización del cuerpo de la mujer gestante así como de su capacidad reproductiva, la cosificación de la mujer y del menor nacido que queda convertido en un objeto del tráfico mercantil desde la óptica de su “encargo”, la explotación del estado de necesidad de las mujeres sin recursos negando su autonomía de la voluntad<sup>58</sup>, la aparición de posibles intermediarios cuya única finalidad sea la de hacer negocio a partir de la gestante y el nacido y la consecuencia de unas oportunidades marginales a favor de personas que tienen acceso a unos altos recursos económicos (lejos de la mayor parte de la sociedad española) son potenciales contingencias que atentan contra la dignidad de las personas, la intransmisibilidad del cuerpo humano o la protección de la infancia<sup>59</sup>. La legislación interna de los estados prevé ciertos mecanismos legales para evitar este tipo de efectos indeseados, la STS 835/2013 menciona como referencia las normas reguladoras de la adopción para prevenir el tráfico de menores, en cuanto a la gestación subrogada contaríamos con el artículo 10 LTRHA.

El artículo 10 LTRHA representa, según la interpretación del Tribunal Supremo, una garantía a los valores inspiradores del orden público internacional español (en especial a los referentes a las relaciones familiares y la filiación) y por ello forma parte del mismo. Partiendo de esta afirmación resulta ineludible la incompatibilidad entre la admisión de la decisión registral extranjera declarando la filiación de los menores a favor del matrimonio comitente y el orden público español, ya que esta declaración es totalmente opuesta al artículo 10 LTRHA y a la nulidad que en este se prevé del contrato en cuestión así como la determinación de maternidad que en él se contempla para esta técnica de

---

<sup>58</sup> Esta tesis es constatada por diferentes autores, quienes afirman que el altruismo no es la condición más habitual por la que las mujeres gestantes acceden a este tipo de contratos sino que es el rendimiento económico generado a través de estos la característica imperante en esta técnica reproductiva. BATUECAS CALETRÍO, A., “L’Iscrizione della nascita...”, op., cit., p. 1157. MORO ALMARAZ, J., *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, Librería Bosch, Barcelona 1988, p. 197.

<sup>59</sup> Parte de la doctrina opina que los posibles efectos que pudiesen ser valorados como perjudiciales para los valores y principios básicos del ordenamiento jurídico español y para el orden público deberán ser tenidos en cuenta de la forma concreta en que estos se proyecten sobre la sociedad. Se rechazan los análisis en abstracto practicados por la jurisprudencia española puesto que se defiende la diversidad de casos en gestación subrogada dependiendo de las legislaciones internacionales. Estos autores protegen la validez del estudio del caso por caso para analizar fácticamente si realmente se están contraviniendo los derechos fundamentales y principios básicos del ordenamiento jurídico español.

CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado...”, op., cit., p. 106-107.

Voto particular de la STS 835/2013.

concepción. El correctivo que comporta el orden público español deberá ser aplicado en todo caso sobre esta cuestión.

Ahora bien, en la práctica jurídica internacional se dispone una teoría, planteada por la defensa técnica de los recurrentes comitentes, que daría lugar a una excepción en la aplicación del correctivo del orden público como límite al reconocimiento de la decisión extranjera. Esta teoría es la relativa al denominado “*orden público internacional atenuado*”<sup>60</sup>. Esta naturaleza atenuada hace que la excepción a la aplicación del derecho foráneo solo recaiga sobre el núcleo del mismo, permitiendo por tanto que se desplieguen en el país del foro aquellos efectos colaterales o secundarios que ya no estarían relacionados con el resultado principal<sup>61</sup>. A través esta práctica los padres intencionales argumentan que el reconocimiento de la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada en Estados Unidos no constituye el efecto principal de esta práctica rechazada por el ordenamiento jurídico español sino que se manifiesta como una consecuencia marginal, puesto que el objetivo del contrato celebrado en el extranjero no sería otro que la propia gestación y posterior nacimiento de los niños. El Tribunal Supremo no acepta esta motivación para excluir la decisión registral californiana de la excepción del orden público porque entiende que sin la declaración de filiación de los nacidos a favor de los comitentes el contrato de gestación subrogada no tendría fundamento ya que, recordemos, el núcleo de estos contratos reside en que la mujer gestante, además de gestar, rechaza la filiación que de forma natural se le habría reconocido sobre los bebés que diese a luz.

En definitiva, la jurisprudencia española, valiéndose de la excepción integrada en la noción del orden público, rechaza el reconocimiento de la decisión registral extranjera que reconoce la filiación de los nacidos por gestación subrogada a favor de los padres intencionales por contrariar ésta (de forma frontalmente antagónica) el orden público internacional español. Sin embargo, en base a la teoría del “*orden público internacional atenuado*” sí que nuestros Jueces y Magistrados de los tribunales sociales han

---

<sup>60</sup> Es preciso mencionar que el Tribunal Supremo confunde en su exposición el “orden público internacional atenuado” con el “orden público internacional de proximidad”. El Tribunal se refiere por la denominación de “atenuado” a la excepción que excluye de aplicación a la respuesta normativa extranjera cuando esta tiene un vínculo directo o de gran “proximidad” al Estado del foro, en este caso España. A partir de esta base teórica (mal denominada) el órgano jurisdiccional argumenta que el vínculo de la situación con el Estado español es fuerte puesto que el nacimiento de la situación en Estados Unidos (en resultado regida por derecho extranjero) tiene como única finalidad la búsqueda de una huida de la legislación vigente en España para el contrato celebrado.

<sup>61</sup> ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.A., “El futuro de la maternidad...”, op., cit., p. 19.

interpretado como posible dentro de nuestro ordenamiento, las prestaciones por paternidad y maternidad referidas a los padres y madres comitentes en virtud de un contrato de gestación por sustitución<sup>62</sup>. Esta tendencia se ajusta a las pretensiones de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya de 10 de marzo de 2012, en la cual se exponían las problemáticas surgidas en el plano internacional derivadas de los contratos de gestación subrogada y solicitaba un clima de cooperación entre los estados para evitar estas situaciones y se diese respuesta a una realidad social que comenzaba en aquel momento a desarrollarse.

---

<sup>62</sup> PARRÓN CAMBERO, M.J., “Ventre de alquiler: *mater Semper certa est, pater Semper incertus est*”, *Diario La Ley*, 2014, p. 3.

La Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Oviedo de 9 de abril de 2012, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de noviembre de 2012 o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de octubre de 2012 fueron algunas de las primeras resoluciones judiciales que reconocieron la prestación de maternidad o paternidad a favor de padres comitentes que accedieron a la gestación subrogada en el extranjero. STS 953/16 reconoce finalmente el derecho a la prestación de maternidad y paternidad en casos de gestación por sustitución, resolviendo en contra de las alegaciones presentadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia”, *Diario La Ley*, 2017, p.9.



## CONCLUSIONES

**PRIMERA.**— A través del estudio de uno de los primeros supuestos que se plantearon ante el Registro Civil Consular español sobre la inscripción de la filiación de un menor nacido a través de gestación subrogada en el extranjero se puede analizar la labor que desarrolla la jurisprudencia y la D.G.R.N. para hacer frente a una situación que, en principio, no tendría cabida dentro del ordenamiento jurídico español. Se trata de la solicitud de inscripción de nacimiento y filiación de dos menores nacidos en California (Estados Unidos) en virtud de un contrato de gestación por sustitución celebrado entre una mujer gestante y un matrimonio homosexual español formado por dos hombres. Los comitentes solicitan ante el Registro Civil consular español que se inscriba a los nacidos constando ellos como padres en base a una decisión expedida por la autoridad registral californiana que reconocía la paternidad natural de los cónyuges a partir de la renuncia de maternidad de la mujer gestante. Ante la negativa del Encargado del RC y el recurso de los “padres intencionales”, la D.G.R.N. publica una Resolución a fecha de 18 de febrero de 2009 para admitir la pretensión de los comitentes como resultado de aplicar la metodología del reconocimiento de decisiones extranjeras, el artículo 81 RRC y requiriendo un control de carácter formal sobre la decisión extranjera aportada. Este método es discutido por la jurisprudencia en Primera, Segunda Instancia e incluso por el Tribunal Supremo, advirtiendo en todas sus resoluciones la necesidad de realizar un examen más exhaustivo de la decisión que se pretende reconocer teniendo en cuenta el orden público, interés superior del menor y los demás derechos fundamentales y principios generales que convergen en esta situación.

**SEGUNDA.**— El acceso de los padres intencionales a legislaciones foráneas más abiertas hacia la gestación subrogada lleva a la internacionalización de la práctica, lo que exige una respuesta coherente por parte del Estado del foro en el que se pretende que la nueva realidad despliegue sus efectos. En este caso, partiendo de la ilicitud del contrato de gestación por sustitución contemplada en la LTRHA, es preciso un estudio de las opciones metodológicas para decidir sobre la acogida de la decisión extranjera en cuanto a la declaración de filiación de los nacidos. Por un lado nos encontramos la denominada “tutela por declaración” en la que entrarían en juego las normas de conflicto para determinar qué derecho (foráneo o nacional) resolverá sobre la inscripción de nacimiento.

Este método se estima inadecuado ya que no es la primera vez que se solicita la inscripción sino que la situación se suscita a partir de una decisión emitida por autoridad registral extranjera en la que ya se ha decidido sobre el fondo del asunto. Por ese motivo, la jurisprudencia acaba resolviendo la cuestión en base al método del reconocimiento de decisiones, exigiendo que el control para la admisión de la decisión extranjera no recaiga sólo sobre los aspectos formales sino que también deberá proyectarse en un control de legalidad conforme al artículo 23 LRC. Este precepto deberá interpretarse sobre el respecto al orden público internacional español sin exigir una identidad absoluta entre las normas que rigen la decisión extranjera y sus equivalentes dentro del ordenamiento jurídico de nuestro país.

**TERCERA.-** El argumento de la discriminación por razón de la orientación sexual de los “padres intencionales” es alegado por las parejas o matrimonios homosexuales masculinos que pretenden el reconocimiento de la filiación de los nacidos por gestación subrogada y les es denegado. Esta afirmación parte de la posibilidad que el artículo 7.3 LTRHA ofrece para los matrimonios homosexuales formados por dos mujeres, en caso de que una de ellas se someta a técnicas de reproducción asistida para que a través del consentimiento de su cónyuge pueda determinarse la filiación a favor de ambas. Este precepto se elabora como equivalente al artículo 8.1 de la misma ley para garantizar la igualdad del artículo 14 CE en situaciones análogas. Sin embargo, la equiparación del artículo 7.3 LTRHA con la denegación para la inscripción de la filiación de los nacidos por gestación subrogada a favor de una pareja homosexual masculinos carece de fundamento porque se está partiendo de supuestos de hecho totalmente distintos. La respuesta del ordenamiento jurídico español y de la jurisprudencia en su labor de interpretación es exactamente la misma para el caso en que sea una pareja homosexual formada por dos hombres, por dos mujeres o una heterosexual la que acceda a la gestación subrogada: se inadmite la determinación de la filiación a favor de los comitentes en todos los supuestos excepto cuando concurra los presupuestos del artículo 10.3 LTRHA para la reclamación de la paternidad biológica.

**CUARTA.-** La solución ofrecida por las autoridades españolas respecto a la inscripción de los menores nacidos por gestación subrogada en el extranjero originará, indudablemente, significativas consecuencias en la vida de estos. Por ese motivo, la

cláusula general del interés superior del menor es considerada ineludiblemente como uno de los principales criterios para interpretar el conflicto de derechos fundamentales que se produce alrededor de esta situación. Así lo valora tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado como la propia jurisprudencia a la hora de resolver el asunto planteado. La problemática se genera debido a la imprecisión del principio, ya que hablamos de un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido deberá ser concretado por el Juez o Magistrado oportuno, siempre de la forma más individualizada posible y adaptándose a las circunstancias del caso concreto. En esta tarea, el Tribunal Supremo en su sentencia número 835/2013 muestra que el denominado “*favor minoris*” se materializa en el caso de la gestación subrogada de múltiples formas y no solo desde la protección al derecho a la identidad única, que en este caso, interpreta el Tribunal, no guarda un riesgo real debido a la desvinculación de los menores con su país de origen. Sin embargo, el TS amplía el objeto de estudio ante la posible cosificación y consecutiva vulneración a la dignidad de los menores que, bajo su apreciación, entrañaría en algunos casos esta técnica de reproducción. Finalmente, la decisión del Tribunal Supremo tendente a proteger la vida privada y familiar de los menores no pasa por reconocer la filiación pretendida por los comitentes sino que se concreta a través de las alternativas de la adopción y la reclamación de paternidad biológica que prevé el artículo 10.3 LTRHA. La solución facilitada para superar la incertidumbre hasta que estas figuras jurídicas se formalicen es la del reconocimiento de un núcleo familiar *de facto* que quedará garantizado y protegido ante las inseguridades jurídicas que pudiesen surgir entretanto. Ahora bien, puede apreciarse un vacío en esta resolución: la imposibilidad de las autoridades españolas para exigir a los comitentes que hagan efectivas estas alternativas que el TS propone. Si bien es cierto que su rechazo sería un riesgo, cabría preguntarse si la protección del menor no sería aún más evidente en ese caso puesto que de haberse optado por el reconocimiento de la filiación, ésta se habría declarado a favor de unas personas que, sin embargo, decidirían no satisfacer el interés del menor a través de otras opciones anteponiendo su propio interés. Se puede concluir de este análisis que el interés superior del menor no es razón suficiente para que el órgano jurisprudencial decida contraviniendo la ley positiva pero, aún con esta limitación, es posible encontrar una respuesta con margen dentro de la redacción actual de nuestro ordenamiento jurídico donde proteger al menor nacido por gestación subrogada.

**QUINTA.** El orden público internacional es el concepto que escoge la jurisprudencia a la hora de concretar la condición prevista en el artículo 23 LRC, precepto que va a ordenar el reconocimiento de la decisión registral extranjera. De esta forma el orden público español operará como límite a dicho reconocimiento, debiendo de ser respetado por el contenido objeto del mismo. El conflicto vuelve a estar presente en la definición del orden público español, el cual la jurisprudencia va a interpretar como el sistema de derechos y libertades garantizados constitucionalmente junto con los valores y principios a los que estos responden. Para el caso de la gestación subrogada este sistema se precisará en torno a los derechos de protección de la familia y del menor nacido fruto de la relación contractual, entre los cuales va a estar el artículo 10 LTRHA que prevé la nulidad de este acuerdo con la respectiva disolución de efectos del mismo. Del artículo 10 LTRHA se desprende la garantía a unos derechos que pueden verse amenazados con esta técnica reproductiva: el derecho a la dignidad de la mujer gestante como del niño alumbrado, así como su integridad física y moral. Es por ello por lo que el Tribunal Supremo resuelve determinando contraria al orden público internacional español la decisión registral extranjera por la que se declara la filiación de los menores nacidos a favor de los comitentes o “padres intencionales” en virtud de un contrato de gestación por sustitución. Sobre esta resolución judicial puede plantearse una crítica en relación a la posibilidad de que el análisis de vulneración del orden público español debiese practicarse sobre los efectos concretos y fácticos del supuesto real y no en base a un examen abstracto de las potenciales (pero no comprobadas) consecuencias de la relación contractual, aclaración que sin embargo sí prevé el método adoptado por la D.G.R.N. en su Instrucción de 5 de octubre de 2010.

## BIBLIOGRAFÍA

### ARTÍCULOS Y MONOGRAFÍAS

AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho Internacional Privado. Vol. I. Tomo II. Parte Segunda*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1975.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L.A., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de Orden Público Internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, núm. 2, octubre 2014.

ÁLVAREZ, P. (18 de diciembre de 2017). El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE.UU. y Ucrania. El País. Recuperado de [https://politica.elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337\\_622133.html](https://politica.elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html)  
[1](#)

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y CARRIZO AGUADO, D., “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *La Notaría*, núm. 2, febrero 2014.

APARISI MIRALLES, Á., “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, Vol. 28, núm. 93, 2017.

ATIENZA, M., “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 27, 2009

BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *Redur*, núm. 8, 2010.

BARBER CÁRCAMO, R., “La “legalización administrativa” de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 2013.

- BATUECAS CALETRÍO, A., “L’Iscrizione della nascita nel registro civile spagnolo dei nati da maternità surrogata all’estero”, *Revista di Diritto Civile*, núm. 5, 2015.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P., “Una filiación, tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, *Bitácora Millenium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 1, 2015.
- BUCHER, A., “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *Recueil des Cours. Collected courses of the Hague academy of international law. Tomo 239*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la dirección general de los registros y del notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, núm. 2, octubre 2009.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, núm. 1, marzo 2011.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, núm. 2, octubre 2015.
- CORERA IZU, M., “Maternidad subrogada: la solución única, de momento, el registro civil”, *Diario La Ley*, núm. 8813, julio 2016.
- DE TORRES PEREA, J.M., “Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial”, *Diario La Ley*, núm. 8737, abril 2016.
- DE TORRES PEREA, J.M., *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid 2009.

- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7501, 2010
- DURÁN AYAGO, A., “El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo. XII, 2012.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Orden Público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Edersa, Jaén, 1995.
- FULCHIRON, H. y GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias Labassée y Menesson de 26 de junio de 2014)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol.2, núm. 3, 2015.
- HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo. LXVI, fasc. II, 2013.
- HUALDE MANSO, T., ‘De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada. Comentarios a la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011’, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2012.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, núm. 7777, enero 2012.
- MORO ALMARAZ, J., *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación “in vitro”*, Librería Bosch, Barcelona 1988.
- MUÑOZ DE DIOS, L., “El Registro Civil admite el alquiler de vientres”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 27, 2009.

PARRÓN CAMBERO, M.J., “Ventre de alquiler: *mater Semper certa est, pater Semper incertus est*”, *Diario La Ley*, núm. 8269, marzo 2014.

ROURA GÓMEZ, S. (14 de julio de 2014). Gestación subrogada y derechos del menor. El País. Recuperado de [https://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314\\_085333.html](https://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html).

RUÍZ JIMÉNEZ, I. (28 de junio de 2017). Así son las legislaciones sobre la maternidad subrogada en otros países del mundo. El Mundo. Recuperado de <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/06/28/595279e9e5fdea501e8b467c.html>

VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la D.G.R.N. de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, núm. 7608, 2011.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”, *Diario La Ley*, núm. 8162, octubre 2013.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8279, marzo 2014.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución *pueden* ser inscritos en el registro civil español: a propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8415, noviembre 2014.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8309, mayo 2014.



VELA SÁNCHEZ, A.J., “Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *Diario La Ley*, núm. 8600, septiembre 2015.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia”, *Diario La Ley*, núm. 8927, febrero 2017.

VILLAR, G. y GARCÍA, A. (27 de junio de 2017). La situación de la gestación subrogada en el mundo. El País. Recuperado de [https://elpais.com/internacional/2017/06/27/actualidad/1498555779\\_269973.html](https://elpais.com/internacional/2017/06/27/actualidad/1498555779_269973.html)

El Tribunal Constitucional portugués anula la ley de gestación subrogada. (24 de abril de 2018). El País. Recuperado de [https://elpais.com/internacional/2018/04/24/actualidad/1524600093\\_546573.html](https://elpais.com/internacional/2018/04/24/actualidad/1524600093_546573.html)

## LEGISLACIÓN

- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.
- Declaración de los Derechos del Niño de 1959, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 1386, de 20 de noviembre de 1959.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980.
- Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en la Resolución A3-0172/1992, de 8 de julio.
- Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. (Prevista su entrada en vigor el 30 de Junio de 2018)
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Reglamento del Registro Civil aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958.

## **JURISPRUDENCIA**

- STEDH 26 de junio de 2014, *Menessonn c. Francia* (asunto núm.65192/11).
- STEDH 26 de junio de 2014, *Labassee c. Francia* (asunto núm. 6594/11).
- STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014.
- Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. Recurso de casación núm. 245/2012.
- SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 826/2011, de 23 de noviembre.
- SJPI de Valencia núm. 193/2010, de 15 septiembre.
- Sentencia Tribunal Constitucional Portugués núm. 225/2018, publicado en Diário da República núm. 87/2018, Série I de 7 de mayo de 2018.

## **OTROS**

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero de 2009.
- Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre de 2010.